

Pr. Dr Geoffrey GRANDJEAN  
Chargé de cours

## **Judiciarisation des systèmes politiques et sociaux**

### **Recueil d'arrêts**





Contacter le Chargé de cours

Pr. Dr Geoffrey GRANDJEAN

Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie  
Place des orateurs, 3  
4000 Liège  
Boîte 11  
Bureau r. 16



+32 (0)4/366.96.60



Geoffrey.Grandjean@ulg.ac.be



# Table des arrêts

## LES JUGES ET LA PRODUCTION DE NORMES ..... 7

Cour suprême des États-Unis d'Amérique - Miranda contre Arizona - Affaire 384 U.S. 436 - 13 juin 1966 .....	9
Cour européenne des droits de l'homme - Sunday Times contre Royaume-Uni - Requête 6538/74 - 26 avril 1979 .....	49
Conseil d'État français - Commune de Morsang-sur-Orge contre Fun Production - Arrêt 136727 - 27 octobre 1995 .....	113
Cour suprême du Canada - Renvoi relatif à la sécession du Québec - Affaire 25506 - 20 août 1998 .....	119
Cour de justice de l'Union européenne - Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González - Affaire C-131/12 - 13 mai 2014.....	183
Cour de justice de l'Union européenne - A, B, C contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie - Affaires jointes C-148/13 à C-150/13 - 2 décembre 2014 .....	215
Cour de justice de l'Union européenne - Geoffrey Léger contre Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang - Affaire C-528/13 - 29 avril 2015 .....	235
Conseil d'État français - D.C.A. contre Assistance publique - Hôpitaux de Paris et Agende de la biomédecine - Décision 396848 - 31 mai 2016 .....	251
Cour de cassation française - Marine Le Pen contre Rivarol - Pourvoi 13-80826 - 25 février 2014 .....	259
Cour de cassation française - Patrick Devedjian contre Alix Bouilhaguet et Christophe Jakubyszyn - Pourvoi 14-29549 - 17 décembre 2015.....	265

## LES JUGES ET L'ARBITRAGE DE VALEURS MORALES ..... 271

Cour européenne des droits de l'homme - Otto-Preminger-Institut contre Autriche - Requête 13470/87 - 20 septembre 1994 .....	273
Cour de cassation française - Marithé contre Croyances et libertés - Pourvois B 05-15822 et W 05-16001 - 14 novembre 2006.....	297
Cour européenne des droits de l'homme - Lautsi et autres contre Italie - Requête 30814/06 - 18 mars 2011 .....	305
Cour suprême des États-Unis d'Amérique - Lawrence <i>et al.</i> contre Texas - Affaire 539 U.S. 558 - 26 juin 2003 .....	359
Cour suprême des États-Unis d'Amérique - Obergefell <i>et al.</i> contre Hodges, Director, Ohio Department of health, <i>et al.</i> - Affaires 14-556, 14-562, 14-571 et 14-574 - 26 juin 2015 .....	387
Cour européenne des droits de l'homme - Oliari <i>et al.</i> contre Italie - Requêtes 18766/11 et 36030/11 - 21 octobre 2015 .....	415
Conseil d'État belge - M'Bala M'Bala Dieudonné contre la commune de Saint-Josse-ten-Noode - Arrêt n° 191.742 - 23 mars 2009.....	485
Conseil d'État français - Les Productions de la Plume contre la commune de Tours - Arrêt 374528 - 10 janvier 2014 .....	495
Cour constitutionnelle de Belgique - Recours en annulation de la loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage - Arrêt 145/2012 - 6 décembre 2012 .....	503
Cour européenne des droits de l'homme - S.A.S. contre France - Requête 43835/11 - 1 <sup>er</sup> juillet 2014 .....	555
Cour de justice de l'Union européenne - Association de défense des droits de l'homme contre Micropole SA - Conclusions générales de l'Avocat général Mme Eleanor Sharpston - Affaire C-188/15 - 13 juillet 2016.....	625
Conseil d'État français - Promouvoir contre Ministre de la culture et de la communication - Requête 372057 - 1 <sup>er</sup> juin 2015.....	667
Cour européenne des droits de l'homme - Lambert et autres contre France - Affaire 46043/14 - 5 juin 2015 .....	675

## LES JUGES ET LA CONTINUITE D'UN SYSTEME POLITIQUE ..... 739

Conseil constitutionnel de France - Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances - Décision 85-187 DC - 25 janvier 1985.....	741
Tribunal de Grande Instance de Paris - Forum des associations arméniennes de France contre Bernard Lewis - Affaire RG 4 767/94 ASS/14.02.94 - 21 juin 1995.....	747

Cour européenne des droits de l'homme - Hafid Ouardiri contre Suisse - Requête 65840/09 - 28 juin 2011 .....	759
Conseil constitutionnel de France - Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution - Décision 2009-595 DC - 3 décembre 2009 .....	771
Conseil d'État belge - Caprasse contre Région flamande - Arrêt 227.775 - 20 juin 2014 .....	783
Conseil d'État belge - Thiéry contre Région flamande - Arrêt 227.776 - 20 juin 2014 .....	799
Cour constitutionnelle de Belgique - Question préjudicielle relative à la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement et à l'article 5 du décret de la Communauté française du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté - Arrêt 34/2015 - 12 mars 2015.....	827
Cour européenne des droits de l'homme - Baka contre Hongrie - Requête 20261/12 - 23 juin 2016.....	843

Les juges et la production de normes





Cour suprême des États-Unis d'Amérique  
Miranda contre Arizona  
Affaire 384 U.S. 436  
13 juin 1966



WARREN, C.J., Opinion of the Court

MR. CHIEF JUSTICE WARREN delivered the opinion of the Court.

The cases before us raise questions which go to the roots of our concepts of American criminal jurisprudence: the restraints society must observe consistent with the Federal Constitution in prosecuting individuals for crime. More specifically, we deal with the admissibility of statements obtained from an individual who is subjected to custodial police interrogation and the necessity for procedures which assure that the individual is accorded his privilege under the Fifth Amendment to the Constitution not to be compelled to incriminate himself.

We dealt with certain phases of this problem recently in *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). There, as in the four cases before us, law enforcement officials took the defendant into custody and interrogated him in a police station for the purpose of obtaining a confession. The police did not effectively advise him of his right to remain silent or of his right to consult with his attorney. Rather, they confronted him with an alleged accomplice who accused him of having perpetrated a murder. When the defendant denied the accusation and said "I didn't shoot Manuel, you did it," they handcuffed him and took him to an interrogation room. There, while handcuffed and standing, he was questioned for four hours until he confessed. During this interrogation, the police denied his request to speak to his attorney, and they prevented his retained attorney, who had come to the police station, from consulting with him. At his trial, the State, over his objection, introduced the confession against him. We held that the statements thus made were constitutionally inadmissible.

This case has been the subject of judicial interpretation and spirited legal debate since it was decided two years ago. Both state and federal courts, in assessing its implications, have arrived at varying conclusions.<sup>1</sup> A wealth of scholarly material has been written tracing its ramifications and underpinnings.<sup>2</sup> Police and prosecutor have speculated on its range and desirability.<sup>3</sup> We granted certiorari in these cases, 382 U.S. 924, 925, 937, in order further to explore some facets of the problems thus exposed of applying the privilege against self-incrimination to in-custody interrogation, and to give concrete constitutional guidelines for law enforcement agencies and courts to follow.

We start here, as we did in *Escobedo*, with the premise that our holding is not an innovation in our jurisprudence, but is an application of principles long recognized and applied in other settings. We have undertaken a thorough reexamination of the *Escobedo* decision and the principles it announced, and we reaffirm it. That case was but an explication of basic rights that are enshrined in our Constitution -- that "No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself," and

that "the accused shall . . . have the Assistance of Counsel" -- rights which were put in jeopardy in that case through official overbearing. These precious rights were fixed in our Constitution only after centuries of persecution and struggle. And, in the words of Chief Justice Marshall, they were secured "for ages to come, and . . . designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it," *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 387 (1821).

Over 70 years ago, our predecessors on this Court eloquently stated:

The maxim *nemo tenetur seipsum accusare* had its origin in a protest against the inquisitorial and manifestly unjust methods of interrogating accused persons, which [have] long obtained in the continental system, and, until the expulsion of the Stuarts from the British throne in 1688 and the erection of additional barriers for the protection of the people against the exercise of arbitrary power, [were] not uncommon even in England. While the admissions or confessions of the prisoner, when voluntarily and freely made, have always ranked high in the scale of incriminating evidence, if an accused person be asked to explain his apparent connection with a crime under investigation, the ease with which the questions put to him may assume an inquisitorial character, the temptation to press the witness unduly, to browbeat him if he be timid or reluctant, to push him into a corner, and to entrap him into fatal contradictions, which is so painfully evident in many of the earlier state trials, notably in those of Sir Nicholas Throckmorton and Udal, the Puritan minister, made the system so odious as to give rise to a demand for its total abolition. The change in the English criminal procedure in that particular seems to be founded upon no statute and no judicial opinion, but upon a general and silent acquiescence of the courts in a popular demand. But, however adopted, it has become firmly embedded in English as well as in American jurisprudence. So deeply did the iniquities of the ancient system impress themselves upon the minds of the American colonists that the States, with one accord, made a denial of the right to question an accused person a part of their fundamental law, so that a maxim, which in England was a mere rule of evidence, became clothed in this country with the impregnability of a constitutional enactment.

*Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 596-597 (1896). In stating the obligation of the judiciary to apply these constitutional rights, this Court declared in *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910):

. . . our contemplation cannot be only of what has been, but of what may be. Under any other rule, a constitution would indeed be as easy of application as it would be deficient in efficacy and power. Its general principles would have little value, and be converted by precedent into impotent and lifeless formulas. Rights declared in words might be lost in reality. And this has been recognized. The meaning and vitality of the Constitution have developed against narrow and restrictive construction.

This was the spirit in which we delineated, in meaningful language, the manner in which the constitutional rights of the individual could be enforced against overzealous police practices. It was necessary in Escobedo, as here, to insure that what was proclaimed in the Constitution had not become but a "form of words," *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920), in the hands of government officials. And it is in this spirit, consistent with our role as judges, that we adhere to the principles of Escobedo today.

Our holding will be spelled out with some specificity in the pages which follow, but, briefly stated, it is this: the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination. By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way.<sup>4</sup> As for the procedural safeguards to be employed, unless other fully effective means are devised to inform accused persons of their right of silence and to assure a continuous opportunity to exercise it, the following measures are required. Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking, there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him. The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned.

## **I**

The constitutional issue we decide in each of these cases is the admissibility of statements obtained from a defendant questioned while in custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. In each, the defendant was questioned by police officers, detectives, or a prosecuting attorney in a room in which he was cut off from the outside world. In none of these cases was the defendant given a full and effective warning of his rights at the outset of the interrogation process. In all the cases, the questioning elicited oral admissions, and in three of them, signed statements as well which were admitted at their trials. They all thus share salient features -- incommunicado interrogation of

individuals in a police-dominated atmosphere, resulting in self-incriminating statements without full warnings of constitutional rights.

An understanding of the nature and setting of this in-custody interrogation is essential to our decisions today. The difficulty in depicting what transpires at such interrogations stems from the fact that, in this country, they have largely taken place incommunicado. From extensive factual studies undertaken in the early 1930's, including the famous Wickersham Report to Congress by a Presidential Commission, it is clear that police violence and the "third degree" flourished at that time.<sup>5</sup> In a series of cases decided by this Court long after these studies, the police resorted to physical brutality -- beating, hanging, whipping -- and to sustained and protracted questioning incommunicado in order to extort confessions.<sup>6</sup> The Commission on Civil Rights in 1961 found much evidence to indicate that "some policemen still resort to physical force to obtain confessions," 1961 Comm'n on Civil Rights Rep. Justice, pt. 5, 17. The use of physical brutality and violence is not, unfortunately, relegated to the past or to any part of the country. Only recently in Kings County, New York, the police brutally beat, kicked and placed lighted cigarette butts on the back of a potential witness under interrogation for the purpose of securing a statement incriminating a third party. *People v. Portelli*, 15 N.Y.2d 235, 205 N.E.2d 857, 257 N.Y.S.2d 931 (1965).<sup>7</sup>

The examples given above are undoubtedly the exception now, but they are sufficiently widespread to be the object of concern. Unless a proper limitation upon custodial interrogation is achieved -- such as these decisions will advance -- there can be no assurance that practices of this nature will be eradicated in the foreseeable future. The conclusion of the Wickersham Commission Report, made over 30 years ago, is still pertinent:

To the contention that the third degree is necessary to get the facts, the reporters aptly reply in the language of the present Lord Chancellor of England (Lord Sankey):

It is not admissible to do a great right by doing a little wrong. . . . It is not sufficient to do justice by obtaining a proper result by irregular or improper means.

Not only does the use of the third degree involve a flagrant violation of law by the officers of the law, but it involves also the dangers of false confessions, and it tends to make police and prosecutors less zealous in the search for objective evidence. As the New York prosecutor quoted in the report said, "It is a short-cut, and makes the police lazy and unenterprising." Or, as another official quoted remarked: "If you use your fists, you are not so likely to use your wits." We agree with the conclusion expressed in the report, that

The third degree brutalizes the police, hardens the prisoner against society, and lowers the esteem in which the administration of Justice is held by the public.

IV National Commission on Law Observance and Enforcement, Report on Lawlessness in Law Enforcement 5 (1931).

Again we stress that the modern practice of in-custody interrogation is psychologically, rather than physically, oriented. As we have stated before,

Since *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, this Court has recognized that coercion can be mental as well as physical, and that the blood of the accused is not the only hallmark of an unconstitutional inquisition.

*Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199, 206 (1960). Interrogation still takes place in privacy. Privacy results in secrecy, and this, in turn, results in a gap in our knowledge as to what, in fact, goes on in the interrogation rooms. A valuable source of information about present police practices, however, may be found in various police manuals and texts which document procedures employed with success in the past, and which recommend various other effective tactics.<sup>8</sup> These texts are used by law enforcement agencies themselves as guides.<sup>9</sup> It should be noted that these texts professedly present the most enlightened and effective means presently used to obtain statements through custodial interrogation. By considering these texts and other data, it is possible to describe procedures observed and noted around the country.

The officers are told by the manuals that the principal psychological factor contributing to a successful interrogation is *privacy* -- being alone with the person under interrogation.<sup>10</sup>

The efficacy of this tactic has been explained as follows:

If at all practicable, the interrogation should take place in the investigator's office or at least in a room of his own choice. The subject should be deprived of every psychological advantage. In his own home, he may be confident, indignant, or recalcitrant. He is more keenly aware of his rights and more reluctant to tell of his indiscretions or criminal behavior within the walls of his home. Moreover his family and other friends are nearby, their presence lending moral support. In his own office, the investigator possesses all the advantages. The atmosphere suggests the invincibility of the forces of the law.<sup>11</sup>

To highlight the isolation and unfamiliar surroundings, the manuals instruct the police to display an air of confidence in the suspect's guilt and, from outward appearance, to maintain only an interest in confirming certain details. The guilt of the subject is to be posited as a fact. The interrogator should direct his comments toward the reasons why the

subject committed the act, rather than court failure by asking the subject whether he did it. Like other men, perhaps the subject has had a bad family life, had an unhappy childhood, had too much to drink, had an unrequited desire for women. The officers are instructed to minimize the moral seriousness of the offense,<sup>12</sup> to cast blame on the victim or on society.<sup>13</sup> These tactics are designed to put the subject in a psychological state where his story is but an elaboration of what the police purport to know already -- that he is guilty. Explanations to the contrary are dismissed and discouraged.

The texts thus stress that the major qualities an interrogator should possess are patience and perseverance. One writer describes the efficacy of these characteristics in this manner:

In the preceding paragraphs, emphasis has been placed on kindness and stratagems. The investigator will, however, encounter many situations where the sheer weight of his personality will be the deciding factor. Where emotional appeals and tricks are employed to no avail, he must rely on an oppressive atmosphere of dogged persistence. He must interrogate steadily and without relent, leaving the subject no prospect of surcease. He must dominate his subject and overwhelm him with his inexorable will to obtain the truth. He should interrogate for a spell of several hours, pausing only for the subject's necessities in acknowledgment of the need to avoid a charge of duress that can be technically substantiated. In a serious case, the interrogation may continue for days, with the required intervals for food and sleep, but with no respite from the atmosphere of domination. It is possible in this way to induce the subject to talk without resorting to duress or coercion. The method should be used only when the guilt of the subject appears highly probable.<sup>14</sup>

The manuals suggest that the suspect be offered legal excuses for his actions in order to obtain an initial admission of guilt. Where there is a suspected revenge killing, for example, the interrogator may say:

Joe, you probably didn't go out looking for this fellow with the purpose of shooting him. My guess is, however, that you expected something from him, and that's why you carried a gun -- for your own protection. You knew him for what he was, no good. Then when you met him, he probably started using foul, abusive language and he gave some indication that he was about to pull a gun on you, and that's when you had to act to save your own life. That's about it, isn't it, Joe?<sup>15</sup>

Having then obtained the admission of shooting, the interrogator is advised to refer to circumstantial evidence which negates the self-defense explanation. This should enable him to secure the entire story. One text notes that,



Even if he fails to do so, the inconsistency between the subject's original denial of the shooting and his present admission of at least doing the shooting will serve to deprive him of a self-defense "out" at the time of trial.<sup>16</sup>

When the techniques described above prove unavailing, the texts recommend they be alternated with a show of some hostility. One ploy often used has been termed the "friendly-unfriendly," or the "Mutt and Jeff" act:

. . . In this technique, two agents are employed. Mutt, the relentless investigator, who knows the subject is guilty and is not going to waste any time. He's sent a dozen men away for this crime, and he's going to send the subject away for the full term. Jeff, on the other hand, is obviously a kindhearted man. He has a family himself. He has a brother who was involved in a little scrape like this. He disapproves of Mutt and his tactics, and will arrange to get him off the case if the subject will cooperate. He can't hold Mutt off for very long. The subject would be wise to make a quick decision. The technique is applied by having both investigators present while Mutt acts out his role. Jeff may stand by quietly and demur at some of Mutt's tactics. When Jeff makes his plea for cooperation, Mutt is not present in the room.<sup>17</sup>

The interrogators sometimes are instructed to induce a confession out of trickery. The technique here is quite effective in crimes which require identification or which run in series. In the identification situation, the interrogator may take a break in his questioning to place the subject among a group of men in a line-up.

The witness or complainant (previously coached, if necessary) studies the line-up and confidently points out the subject as the guilty party.<sup>18</sup>

Then the questioning resumes "as though there were now no doubt about the guilt of the subject." A variation on this technique is called the "reverse line-up":

The accused is placed in a line-up, but this time he is identified by several fictitious witnesses or victims who associated him with different offenses. It is expected that the subject will become desperate and confess to the offense under investigation in order to escape from the false accusations.<sup>19</sup>

The manuals also contain instructions for police on how to handle the individual who refuses to discuss the matter entirely, or who asks for an attorney or relatives. The examiner is to concede him the right to remain silent.

This usually has a very undermining effect. First of all, he is disappointed in his expectation of an unfavorable reaction on the part of the interrogator. Secondly, a concession of this right to remain silent impresses the subject with the apparent fairness of his interrogator.<sup>20</sup>

After this psychological conditioning, however, the officer is told to point out the incriminating significance of the suspect's refusal to talk:

Joe, you have a right to remain silent. That's your privilege, and I'm the last person in the world who'll try to take it away from you. If that's the way you want to leave this, O. K. But let me ask you this. Suppose you were in my shoes, and I were in yours, and you called me in to ask me about this, and I told you, "I don't want to answer any of your questions." You'd think I had something to hide, and you'd probably be right in thinking that. That's exactly what I'll have to think about you, and so will everybody else. So let's sit here and talk this whole thing over.<sup>21</sup>

Few will persist in their initial refusal to talk, it is said, if this monologue is employed correctly.

In the event that the subject wishes to speak to a relative or an attorney, the following advice is tendered:

[T]he interrogator should respond by suggesting that the subject first tell the truth to the interrogator himself, rather than get anyone else involved in the matter. If the request is for an attorney, the interrogator may suggest that the subject save himself or his family the expense of any such professional service, particularly if he is innocent of the offense under investigation. The interrogator may also add, "Joe, I'm only looking for the truth, and if you're telling the truth, that's it. You can handle this by yourself."<sup>22</sup>

From these representative samples of interrogation techniques, the setting prescribed by the manuals and observed in practice becomes clear. In essence, it is this: to be alone with the subject is essential to prevent distraction and to deprive him of any outside support. The aura of confidence in his guilt undermines his will to resist. He merely confirms the preconceived story the police seek to have him describe. Patience and persistence, at times relentless questioning, are employed. To obtain a confession, the interrogator must "patiently maneuver himself or his quarry into a position from which the desired objective may be attained."<sup>23</sup> When normal procedures fail to produce the needed result, the police may resort to deceptive stratagems such as giving false legal advice. It is important to keep the subject off balance, for example, by trading on his insecurity about himself or his surroundings. The police then persuade, trick, or cajole him out of exercising his constitutional rights.

Even without employing brutality, the "third degree" or the specific stratagems described above, the very fact of custodial interrogation exacts a heavy toll on individual liberty, and trades on the weakness of individuals.<sup>24</sup> This fact may be illustrated simply by referring to three confession cases decided by this Court in the Term immediately preceding our *Escobedo* decision. In *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293 (1963), the defendant was a 19-year-old heroin addict, described as a "near mental defective," *id.* at 307-310. The defendant in *Lynum v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963), was a woman who confessed to the arresting officer after being importuned to "cooperate" in order to prevent her children from being taken by relief authorities. This Court, as in those cases, reversed the conviction of a defendant in *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963), whose persistent request during his interrogation was to phone his wife or attorney.<sup>25</sup> In other settings, these individuals might have exercised their constitutional rights. In the incommunicado police-dominated atmosphere, they succumbed.

In the cases before us today, given this background, we concern ourselves primarily with this interrogation atmosphere and the evils it can bring. In No. 759, *Miranda v. Arizona*, the police arrested the defendant and took him to a special interrogation room, where they secured a confession. In No. 760, *Vignera v. New York*, the defendant made oral admissions to the police after interrogation in the afternoon, and then signed an inculpatory statement upon being questioned by an assistant district attorney later the same evening. In No. 761, *Westover v. United States*, the defendant was handed over to the Federal Bureau of Investigation by local authorities after they had detained and interrogated him for a lengthy period, both at night and the following morning. After some two hours of questioning, the federal officers had obtained signed statements from the defendant. Lastly, in No. 584, *California v. Stewart*, the local police held the defendant five days in the station and interrogated him on nine separate occasions before they secured his inculpatory statement.

In these cases, we might not find the defendants' statements to have been involuntary in traditional terms. Our concern for adequate safeguards to protect precious Fifth Amendment rights is, of course, not lessened in the slightest. In each of the cases, the defendant was thrust into an unfamiliar atmosphere and run through menacing police interrogation procedures. The potentiality for compulsion is forcefully apparent, for example, in *Miranda*, where the indigent Mexican defendant was a seriously disturbed individual with pronounced sexual fantasies, and in *Stewart*, in which the defendant was an indigent Los Angeles Negro who had dropped out of school in the sixth grade. To be sure, the records do not evince overt physical coercion or patent psychological ploys. The fact remains that in none of these cases did the officers undertake to afford appropriate safeguards at the outset of the interrogation to insure that the statements were truly the product of free choice.

It is obvious that such an interrogation environment is created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of his examiner. This atmosphere carries its own badge of intimidation. To be sure, this is not physical intimidation, but it is equally destructive of human dignity.<sup>26</sup> The current practice of incommunicado interrogation is at odds with one of our Nation's most cherished principles -- that the individual may not be compelled to incriminate himself. Unless adequate protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice.

From the foregoing, we can readily perceive an intimate connection between the privilege against self-incrimination and police custodial questioning. It is fitting to turn to history and precedent underlying the Self-Incrimination Clause to determine its applicability in this situation.

## **II**

We sometimes forget how long it has taken to establish the privilege against self-incrimination, the sources from which it came, and the fervor with which it was defended. Its roots go back into ancient times.<sup>27</sup> Perhaps the critical historical event shedding light on its origins and evolution was the trial of one John Lilburn, a vocal anti-Stuart Leveller, who was made to take the Star Chamber Oath in 1637. The oath would have bound him to answer to all questions posed to him on any subject. *The Trial of John Lilburn and John Wharton*, 3 How.St.Tr. 1315 (1637). He resisted the oath and declaimed the proceedings, stating:

Another fundamental right I then contended for was that no man's conscience ought to be racked by oaths imposed to answer to questions concerning himself in matters criminal, or pretended to be so.

Haller & Davies, *The Leveller Tracts 1647-1653*, p. 454 (1944)

On account of the Lilburn Trial, Parliament abolished the inquisitorial Court of Star Chamber and went further in giving him generous reparation. The lofty principles to which Lilburn had appealed during his trial gained popular acceptance in England.<sup>28</sup> These sentiments worked their way over to the Colonies, and were implanted after great struggle into the Bill of Rights.<sup>29</sup> Those who framed our Constitution and the Bill of Rights were ever aware of subtle encroachments on individual liberty. They knew that illegitimate and unconstitutional practices get their first footing . . . by silent approaches and slight deviations from legal modes of procedure.

*Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 635 (1886). The privilege was elevated to constitutional status, and has always been "as broad as the mischief against which it seeks to guard." *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547, 562 (1892). We cannot depart from this noble heritage.

Thus, we may view the historical development of the privilege as one which groped for the proper scope of governmental power over the citizen. As a "noble principle often transcends its origins," the privilege has come rightfully to be recognized in part as an individual's substantive right, a "right to a private enclave where he may lead a private life. That right is the hallmark of our democracy." *United States v. Grunewald*, 233 F.2d 556, 579, 581-582 (Frank, J., dissenting), *rev'd*, 353 U.S. 391 (1957). We have recently noted that the privilege against self-incrimination -- the essential mainstay of our adversary system -- is founded on a complex of values, *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52, 55-57, n. 5 (1964); *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406, 414-415, n. 12 (1966). All these policies point to one overriding thought: the constitutional foundation underlying the privilege is the respect a government -- state or federal -- must accord to the dignity and integrity of its citizens. To maintain a "fair state-individual balance," to require the government "to shoulder the entire load," 8 Wigmore, Evidence 317 (McNaughton rev.1961), to respect the inviolability of the human personality, our accusatory system of criminal justice demands that the government seeking to punish an individual produce the evidence against him by its own independent labors, rather than by the cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth. *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 235-238 (1940). In sum, the privilege is fulfilled only when the person is guaranteed the right "to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will." *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 8 (1964).

The question in these cases is whether the privilege is fully applicable during a period of custodial interrogation. In this Court, the privilege has consistently been accorded a liberal construction. *Albertson v. SACB*, 382 U.S. 70, 81 (1965); *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479, 486 (1951); *Arndstein v. McCarthy*, 254 U.S. 71, 72-73 (1920); *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547, 562 (1892). We are satisfied that all the principles embodied in the privilege apply to informal compulsion exerted by law enforcement officers during in-custody questioning. An individual swept from familiar surroundings into police custody, surrounded by antagonistic forces, and subjected to the techniques of persuasion described above cannot be otherwise than under compulsion to speak. As a practical matter, the compulsion to speak in the isolated setting of the police station may well be greater than in courts or other official investigations, where there are often impartial observers to guard against intimidation or trickery.<sup>30</sup>

This question, in fact, could have been taken as settled in federal courts almost 70 years ago, when, in *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 542 (1897), this Court held:

In criminal trials, in the courts of the United States, wherever a question arises whether a confession is incompetent because not voluntary, the issue is controlled by that portion of the Fifth Amendment . . . commanding that no person "shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."

In *Bram*, the Court reviewed the British and American history and case law and set down the Fifth Amendment standard for compulsion which we implement today:

Much of the confusion which has resulted from the effort to deduce from the adjudged cases what would be a sufficient quantum of proof to show that a confession was or was not voluntary, has arisen from a misconception of the subject to which the proof must address itself. The rule is not that, in order to render a statement admissible, the proof must be adequate to establish that the particular communications contained in a statement were voluntarily made, but it must be sufficient to establish that the making of the statement was voluntary; that is to say, that from the causes, which the law treats as legally sufficient to engender in the mind of the accused hope or fear in respect to the crime charged, the accused was not involuntarily impelled to make a statement, when, but for the improper influences, he would have remained silent. . . .

168 U.S. at 549. *And see id.* at 542.

The Court has adhered to this reasoning. In 1924, Mr. Justice Brandeis wrote for a unanimous Court in reversing a conviction resting on a compelled confession, *Wan v. United States*, 266 U.S. 1. He stated:

In the federal courts, the requisite of voluntariness is not satisfied by establishing merely that the confession was not induced by a promise or a threat. A confession is voluntary in law if, and only if, it was, in fact, voluntarily made. A confession may have been given voluntarily, although it was made to police officers, while in custody, and in answer to an examination conducted by them. But a confession obtained by compulsion must be excluded whatever may have been the character of the compulsion, and whether the compulsion was applied in a judicial proceeding or otherwise. *Bram v. United States*, 168 U.S. 532.

266 U.S. at 14-15. In addition to the expansive historical development of the privilege and the sound policies which have nurtured its evolution, judicial precedent thus clearly establishes its application to incommunicado interrogation. In fact, the Government concedes this point as well established in No. 761, *Westover v. United States*, stating:

We have no doubt . . . that it is possible for a suspect's Fifth Amendment right to be violated during in-custody questioning by a law enforcement officer.<sup>31</sup>

Because of the adoption by Congress of Rule 5(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure, and this Court's effectuation of that Rule in *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943), and *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957), we have had little occasion in the past quarter century to reach the constitutional issues in dealing with federal interrogations. These supervisory rules, requiring production of an arrested person before a commissioner "without unnecessary delay" and excluding evidence obtained in default of that statutory obligation, were nonetheless responsive to the same considerations of Fifth Amendment policy that unavoidably face us now as to the States. In *McNabb*, 318 U.S. at 343-344, and in *Mallory*, 354 U.S. at 455-456, we recognized both the dangers of interrogation and the appropriateness of prophylaxis stemming from the very fact of interrogation itself.<sup>32</sup>

Our decision in *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), necessitates an examination of the scope of the privilege in state cases as well. In *Malloy*, we squarely held the privilege applicable to the States, and held that the substantive standards underlying the privilege applied with full force to state court proceedings. There, as in *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964), and *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965), we applied the existing Fifth Amendment standards to the case before us. Aside from the holding itself, the reasoning in *Malloy* made clear what had already become apparent -- that the substantive and procedural safeguards surrounding admissibility of confessions in state cases had become exceedingly exacting, reflecting all the policies embedded in the privilege, 378 U.S. at 7-8.<sup>33</sup> The voluntariness doctrine in the state cases, as *Malloy* indicates, encompasses all interrogation practices which are likely to exert such pressure upon an individual as to disable him from making a free and rational choice.<sup>34</sup> The implications of this proposition were elaborated in our decision in *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, decided one week after *Malloy* applied the privilege to the States.

Our holding there stressed the fact that the police had not advised the defendant of his constitutional privilege to remain silent at the outset of the interrogation, and we drew attention to that fact at several points in the decision, 378 U.S. at 483, 485, 491. This was no isolated factor, but an essential ingredient in our decision. The entire thrust of police interrogation there, as in all the cases today, was to put the defendant in such an emotional state as to impair his capacity for rational judgment. The abdication of the constitutional privilege -- the choice on his part to speak to the police -- was not made knowingly or competently because of the failure to apprise him of his rights; the compelling atmosphere of the in-custody interrogation, and not an independent decision on his part, caused the defendant to speak.

A different phase of the *Escobedo* decision was significant in its attention to the absence of counsel during the questioning. There, as in the cases

today, we sought a protective device to dispel the compelling atmosphere of the interrogation. In *Escobedo*, however, the police did not relieve the defendant of the anxieties which they had created in the interrogation rooms. Rather, they denied his request for the assistance of counsel, 378 U.S. at 481, 488, 491.<sup>35</sup> This heightened his dilemma, and made his later statements the product of this compulsion. Cf. *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 514 (1963). The denial of the defendant's request for his attorney thus undermined his ability to exercise the privilege -- to remain silent if he chose or to speak without any intimidation, blatant or subtle. The presence of counsel, in all the cases before us today, would be the adequate protective device necessary to make the process of police interrogation conform to the dictates of the privilege. His presence would insure that statements made in the government-established atmosphere are not the product of compulsion.

It was in this manner that *Escobedo* explicated another facet of the pretrial privilege, noted in many of the Court's prior decisions: the protection of rights at trial.<sup>36</sup> That counsel is present when statements are taken from an individual during interrogation obviously enhances the integrity of the factfinding processes in court. The presence of an attorney, and the warnings delivered to the individual, enable the defendant under otherwise compelling circumstances to tell his story without fear, effectively, and in a way that eliminates the evils in the interrogation process. Without the protections flowing from adequate warnings and the rights of counsel, all the careful safeguards erected around the giving of testimony, whether by an accused or any other witness, would become empty formalities in a procedure where the most compelling possible evidence of guilt, a confession, would have already been obtained at the unsupervised pleasure of the police.

*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 685 (1961) (HARLAN, J., dissenting). Cf. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

### **III**

Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings, and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that, without proper safeguards, the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against self-incrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights, and the exercise of those rights must be fully honored.



It is impossible for us to foresee the potential alternatives for protecting the privilege which might be devised by Congress or the States in the exercise of their creative rulemaking capacities. Therefore, we cannot say that the Constitution necessarily requires adherence to any particular solution for the inherent compulsions of the interrogation process as it is presently conducted. Our decision in no way creates a constitutional straitjacket which will handicap sound efforts at reform, nor is it intended to have this effect. We encourage Congress and the States to continue their laudable search for increasingly effective ways of protecting the rights of the individual while promoting efficient enforcement of our criminal laws. However, unless we are shown other procedures which are at least as effective in apprising accused persons of their right of silence and in assuring a continuous opportunity to exercise it, the following safeguards must be observed.

At the outset, if a person in custody is to be subjected to interrogation, he must first be informed in clear and unequivocal terms that he has the right to remain silent. For those unaware of the privilege, the warning is needed simply to make them aware of it -- the threshold requirement for an intelligent decision as to its exercise. More important, such a warning is an absolute prerequisite in overcoming the inherent pressures of the interrogation atmosphere. It is not just the subnormal or woefully ignorant who succumb to an interrogator's imprecations, whether implied or expressly stated, that the interrogation will continue until a confession is obtained or that silence in the face of accusation is itself damning, and will bode ill when presented to a jury.<sup>37</sup> Further, the warning will show the individual that his interrogators are prepared to recognize his privilege should he choose to exercise it.

The Fifth Amendment privilege is so fundamental to our system of constitutional rule, and the expedient of giving an adequate warning as to the availability of the privilege so simple, we will not pause to inquire in individual cases whether the defendant was aware of his rights without a warning being given. Assessments of the knowledge the defendant possessed, based on information as to his age, education, intelligence, or prior contact with authorities, can never be more than speculation;<sup>38</sup> a warning is a clear-cut fact. More important, whatever the background of the person interrogated, a warning at the time of the interrogation is indispensable to overcome its pressures and to insure that the individual knows he is free to exercise the privilege at that point in time.

The warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court. This warning is needed in order to make him aware not only of the privilege, but also of the consequences of forgoing it. It is only through an awareness of these consequences that there can be any assurance of real understanding and intelligent exercise of the privilege. Moreover, this warning may serve to make the individual more acutely

aware that he is faced with a phase of the adversary system -- that he is not in the presence of persons acting solely in his interest.

The circumstances surrounding in-custody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators. Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege under the system we delineate today. Our aim is to assure that the individual's right to choose between silence and speech remains unfettered throughout the interrogation process. A once-stated warning, delivered by those who will conduct the interrogation, cannot itself suffice to that end among those who most require knowledge of their rights. A mere warning given by the interrogators is not alone sufficient to accomplish that end. Prosecutors themselves claim that the admonishment of the right to remain silent, without more, "will benefit only the recidivist and the professional." Brief for the National District Attorneys Association as *amicus curiae*, p. 14. Even preliminary advice given to the accused by his own attorney can be swiftly overcome by the secret interrogation process. *Cf. Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 485, n. 5. Thus, the need for counsel to protect the Fifth Amendment privilege comprehends not merely a right to consult with counsel prior to questioning, but also to have counsel present during any questioning if the defendant so desires.

The presence of counsel at the interrogation may serve several significant subsidiary functions, as well. If the accused decides to talk to his interrogators, the assistance of counsel can mitigate the dangers of untrustworthiness. With a lawyer present, the likelihood that the police will practice coercion is reduced, and, if coercion is nevertheless exercised, the lawyer can testify to it in court. The presence of a lawyer can also help to guarantee that the accused gives a fully accurate statement to the police, and that the statement is rightly reported by the prosecution at trial. *See Crooker v. California*, 357 U.S. 433, 443-448 (1958) (DOUGLAS, J., dissenting).

An individual need not make a pre-interrogation request for a lawyer. While such request affirmatively secures his right to have one, his failure to ask for a lawyer does not constitute a waiver. No effective waiver of the right to counsel during interrogation can be recognized unless specifically made after the warnings we here delineate have been given. The accused who does not know his rights and therefore does not make a request may be the person who most needs counsel. As the California Supreme Court has aptly put it:

Finally, we must recognize that the imposition of the requirement for the request would discriminate against the defendant who does not know his rights. The defendant who does not ask for counsel is the very defendant who most needs counsel. We cannot penalize a defendant who, not

understanding his constitutional rights, does not make the formal request, and, by such failure, demonstrates his helplessness. To require the request would be to favor the defendant whose sophistication or status had fortuitously prompted him to make it.

*People v. Dorado*, 62 Cal.2d 338, 351, 398 P.2d 361, 369-370, 42 Cal.Rptr. 169, 177-178 (1965) (Tobriner, J.). In *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506, 513 (1962), we stated:

[I]t is settled that, where the assistance of counsel is a constitutional requisite, the right to be furnished counsel does not depend on a request. This proposition applies with equal force in the context of providing counsel to protect an accused's Fifth Amendment privilege in the face of interrogation.<sup>39</sup> Although the role of counsel at trial differs from the role during interrogation, the differences are not relevant to the question whether a request is a prerequisite.

Accordingly, we hold that an individual held for interrogation must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation under the system for protecting the privilege we delineate today. As with the warnings of the right to remain silent and that anything stated can be used in evidence against him, this warning is an absolute prerequisite to interrogation. No amount of circumstantial evidence that the person may have been aware of this right will suffice to stand in its stead. Only through such a warning is there ascertainable assurance that the accused was aware of this right.

If an individual indicates that he wishes the assistance of counsel before any interrogation occurs, the authorities cannot rationally ignore or deny his request on the basis that the individual does not have or cannot afford a retained attorney. The financial ability of the individual has no relationship to the scope of the rights involved here. The privilege against self-incrimination secured by the Constitution applies to all individuals. The need for counsel in order to protect the privilege exists for the indigent as well as the affluent. In fact, were we to limit these constitutional rights to those who can retain an attorney, our decisions today would be of little significance. The cases before us, as well as the vast majority of confession cases with which we have dealt in the past, involve those unable to retain counsel.<sup>40</sup> While authorities are not required to relieve the accused of his poverty, they have the obligation not to take advantage of indigence in the administration of justice.<sup>41</sup> Denial of counsel to the indigent at the time of interrogation while allowing an attorney to those who can afford one would be no more supportable by reason or logic than the similar situation at trial and on appeal struck down in *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), and *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

In order fully to apprise a person interrogated of the extent of his rights under this system, then, it is necessary to warn him not only that he has the right to consult with an attorney, but also that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him. Without this additional warning, the admonition of the right to consult with counsel would often be understood as meaning only that he can consult with a lawyer if he has one or has the funds to obtain one. The warning of a right to counsel would be hollow if not couched in terms that would convey to the indigent -- the person most often subjected to interrogation -- the knowledge that he too has a right to have counsel present.<sup>42</sup> As with the warnings of the right to remain silent and of the general right to counsel, only by effective and express explanation to the indigent of this right can there be assurance that he was truly in a position to exercise it.<sup>43</sup>

Once warnings have been given, the subsequent procedure is clear. If the individual indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease.<sup>44</sup> At this point, he has shown that he intends to exercise his Fifth Amendment privilege; any statement taken after the person invokes his privilege cannot be other than the product of compulsion, subtle or otherwise. Without the right to cut off questioning, the setting of in-custody interrogation operates on the individual to overcome free choice in producing a statement after the privilege has been once invoked. If the individual states that he wants an attorney, the interrogation must cease until an attorney is present. At that time, the individual must have an opportunity to confer with the attorney and to have him present during any subsequent questioning. If the individual cannot obtain an attorney and he indicates that he wants one before speaking to police, they must respect his decision to remain silent.

This does not mean, as some have suggested, that each police station must have a "station house lawyer" present at all times to advise prisoners. It does mean, however, that, if police propose to interrogate a person, they must make known to him that he is entitled to a lawyer and that, if he cannot afford one, a lawyer will be provided for him prior to any interrogation. If authorities conclude that they will not provide counsel during a reasonable period of time in which investigation in the field is carried out, they may refrain from doing so without violating the person's Fifth Amendment privilege so long as they do not question him during that time.

If the interrogation continues without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his privilege against self-incrimination and his right to retained or appointed counsel. *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 490, n. 14. This Court has always set high standards of proof for the waiver of constitutional rights, *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938), and we reassert these standards

as applied to in-custody interrogation. Since the State is responsible for establishing the isolated circumstances under which the interrogation takes place, and has the only means of making available corroborated evidence of warnings given during incommunicado interrogation, the burden is rightly on its shoulders.

An express statement that the individual is willing to make a statement and does not want an attorney, followed closely by a statement, could constitute a waiver. But a valid waiver will not be presumed simply from the silence of the accused after warnings are given, or simply from the fact that a confession was, in fact, eventually obtained. A statement we made in *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506, 516 (1962), is applicable here: Presuming waiver from a silent record is impermissible. The record must show, or there must be an allegation and evidence which show, that an accused was offered counsel but intelligently and understandingly rejected the offer. Anything less is not waiver.

*See also Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942). Moreover, where in-custody interrogation is involved, there is no room for the contention that the privilege is waived if the individual answers some questions or gives some information on his own prior to invoking his right to remain silent when interrogated.<sup>45</sup>

Whatever the testimony of the authorities as to waiver of rights by an accused, the fact of lengthy interrogation or incommunicado incarceration before a statement is made is strong evidence that the accused did not validly waive his rights. In these circumstances, the fact that the individual eventually made a statement is consistent with the conclusion that the compelling influence of the interrogation finally forced him to do so. It is inconsistent with any notion of a voluntary relinquishment of the privilege. Moreover, any evidence that the accused was threatened, tricked, or cajoled into a waiver will, of course, show that the defendant did not voluntarily waive his privilege. The requirement of warnings and waiver of rights is a fundamental with respect to the Fifth Amendment privilege, and not simply a preliminary ritual to existing methods of interrogation.

The warnings required and the waiver necessary in accordance with our opinion today are, in the absence of a fully effective equivalent, prerequisites to the admissibility of any statement made by a defendant. No distinction can be drawn between statements which are direct confessions and statements which amount to "admissions" of part or all of an offense. The privilege against self-incrimination protects the individual from being compelled to incriminate himself in any manner; it does not distinguish degrees of incrimination. Similarly, for precisely the same reason, no distinction may be drawn between inculpatory statements and statements alleged to be merely "exculpatory." If a statement made were, in fact, truly exculpatory, it would, of course, never be used by the

prosecution. In fact, statements merely intended to be exculpatory by the defendant are often used to impeach his testimony at trial or to demonstrate untruths in the statement given under interrogation, and thus to prove guilt by implication. These statements are incriminating in any meaningful sense of the word, and may not be used without the full warnings and effective waiver required for any other statement. In *Escobedo* itself, the defendant fully intended his accusation of another as the slayer to be exculpatory as to himself.

The principles announced today deal with the protection which must be given to the privilege against self-incrimination when the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. It is at this point that our adversary system of criminal proceedings commences, distinguishing itself at the outset from the inquisitorial system recognized in some countries. Under the system of warnings we delineate today, or under any other system which may be devised and found effective, the safeguards to be erected about the privilege must come into play at this point.

Our decision is not intended to hamper the traditional function of police officers in investigating crime. See *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 492. When an individual is in custody on probable cause, the police may, of course, seek out evidence in the field to be used at trial against him. Such investigation may include inquiry of persons not under restraint. General on-the-scene questioning as to facts surrounding a crime or other general questioning of citizens in the factfinding process is not affected by our holding. It is an act of responsible citizenship for individuals to give whatever information they may have to aid in law enforcement. In such situations, the compelling atmosphere inherent in the process of in-custody interrogation is not necessarily present.<sup>46</sup>

In dealing with statements obtained through interrogation, we do not purport to find all confessions inadmissible. Confessions remain a proper element in law enforcement. Any statement given freely and voluntarily without any compelling influences is, of course, admissible in evidence. The fundamental import of the privilege while an individual is in custody is not whether he is allowed to talk to the police without the benefit of warnings and counsel, but whether he can be interrogated. There is no requirement that police stop a person who enters a police station and states that he wishes to confess to a crime,<sup>47</sup> or a person who calls the police to offer a confession or any other statement he desires to make. Volunteered statements of any kind are not barred by the Fifth Amendment, and their admissibility is not affected by our holding today.

To summarize, we hold that, when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is

jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that, if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.<sup>48</sup>

#### **IV**

A recurrent argument made in these cases is that society's need for interrogation outweighs the privilege. This argument is not unfamiliar to this Court. See, e.g., *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 240-241 (1940). The whole thrust of our foregoing discussion demonstrates that the Constitution has prescribed the rights of the individual when confronted with the power of government when it provided in the Fifth Amendment that an individual cannot be compelled to be a witness against himself. That right cannot be abridged. As Mr. Justice Brandeis once observed:

Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperilled if it fail to observe the law scrupulously. Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that, in the administration of the criminal law, the end justifies the means . . . would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this Court should resolutely set its face.

*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928) (dissenting opinion).<sup>49</sup> In this connection, one of our country's distinguished jurists has pointed out: "The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of its criminal law."<sup>50</sup>

If the individual desires to exercise his privilege, he has the right to do so. This is not for the authorities to decide. An attorney may advise his client not to talk to police until he has had an opportunity to investigate the case, or he may wish to be present with his client during any police

questioning. In doing so an attorney is merely exercising the good professional judgment he has been taught. This is not cause for considering the attorney a menace to law enforcement. He is merely carrying out what he is sworn to do under his oath -- to protect to the extent of his ability the rights of his client. In fulfilling this responsibility, the attorney plays a vital role in the administration of criminal justice under our Constitution.

In announcing these principles, we are not unmindful of the burdens which law enforcement officials must bear, often under trying circumstances. We also fully recognize the obligation of all citizens to aid in enforcing the criminal laws. This Court, while protecting individual rights, has always given ample latitude to law enforcement agencies in the legitimate exercise of their duties. The limits we have placed on the interrogation process should not constitute an undue interference with a proper system of law enforcement. As we have noted, our decision does not in any way preclude police from carrying out their traditional investigatory functions. Although confessions may play an important role in some convictions, the cases before us present graphic examples of the overstatement of the "need" for confessions. In each case, authorities conducted interrogations ranging up to five days in duration despite the presence, through standard investigating practices, of considerable evidence against each defendant.<sup>51</sup> Further examples are chronicled in our prior cases. See, e.g., *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 518-519 (1963); *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 541 (1961); *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401,402 (1945).<sup>52</sup>

It is also urged that an unfettered right to detention for interrogation should be allowed because it will often redound to the benefit of the person questioned. When police inquiry determines that there is no reason to believe that the person has committed any crime, it is said, he will be released without need for further formal procedures. The person who has committed no offense, however, will be better able to clear himself after warnings with counsel present than without. It can be assumed that, in such circumstances, a lawyer would advise his client to talk freely to police in order to clear himself.

Custodial interrogation, by contrast, does not necessarily afford the innocent an opportunity to clear themselves. A serious consequence of the present practice of the interrogation alleged to be beneficial for the innocent is that many arrests "for investigation" subject large numbers of innocent persons to detention and interrogation. In one of the cases before us, No. 584, *California v. Stewart*, police held four persons, who were in the defendant's house at the time of the arrest, in jail for five days until defendant confessed. At that time, they were finally released. Police stated that there was "no evidence to connect them with any crime." Available statistics on the extent of this practice where it is condoned indicate that these four are far from alone in being subjected to arrest,



prolonged detention, and interrogation without the requisite probable cause.<sup>53</sup>

Over the years, the Federal Bureau of Investigation has compiled an exemplary record of effective law enforcement while advising any suspect or arrested person, at the outset of an interview, that he is not required to make a statement, that any statement may be used against him in court, that the individual may obtain the services of an attorney of his own choice, and, more recently, that he has a right to free counsel if he is unable to pay.<sup>54</sup> A letter received from the Solicitor General in response to a question from the Bench makes it clear that the present pattern of warnings and respect for the rights of the individual followed as a practice by the FBI is consistent with the procedure which we delineate today. It states:

At the oral argument of the above cause, Mr. Justice Fortas asked whether I could provide certain information as to the practices followed by the Federal Bureau of Investigation. I have directed these questions to the attention of the Director of the Federal Bureau of Investigation, and am submitting herewith a statement of the questions and of the answers which we have received.

(1) When an individual is interviewed by agents of the Bureau, what warning is given to him?

The standard warning long given by Special Agents of the FBI to both suspects and persons under arrest is that the person has a right to say nothing and a right to counsel, and that any statement he does make may be used against him in court. Examples of this warning are to be found in the *Westover* case at 342 F.2d 684 (1965), and *Jackson v. U.S.*, 337 F.2d 136 (1964), *cert. den.*, 380 U.S. 935.

After passage of the Criminal Justice Act of 1964, which provides free counsel for Federal defendants unable to pay, we added to our instructions to Special Agents the requirement that any person who is under arrest for an offense under FBI jurisdiction, or whose arrest is contemplated following the interview, must also be advised of his right to free counsel if he is unable to pay, and the fact that such counsel will be assigned by the Judge. At the same time, we broadened the right to counsel warning to read counsel of his own choice, or anyone else with whom he might wish to speak.

(2) When is the warning given?

The FBI warning is given to a suspect at the very outset of the interview, as shown in the *Westover* case, cited above. The warning may be given to a person arrested as soon as practicable after the arrest, as shown in the *Jackson* case, also cited above, and in *U.S. v. Konigsberg*, 336 F.2d 844

(1964), *cert. den.*, 379 U.S. 933, but, in any event, it must precede the interview with the person for a confession or admission of his own guilt.

(3) What is the Bureau's practice in the event that (a) the individual requests counsel and (b) counsel appears?

When the person who has been warned of his right to counsel decides that he wishes to consult with counsel before making a statement, the interview is terminated at that point, *Shultz v. U.S.*, 351 F.2d 287 (1965). It may be continued, however, as to all matters other than the person's own guilt or innocence. If he is indecisive in his request for counsel, there may be some question on whether he did or did not waive counsel. Situations of this kind must necessarily be left to the judgment of the interviewing Agent. For example, in *Hiram v. U.S.*, 354 F.2d 4 (1965), the Agent's conclusion that the person arrested had waived his right to counsel was upheld by the courts.

A person being interviewed and desiring to consult counsel by telephone must be permitted to do so, as shown in *Caldwell v. U.S.*, 351 F.2d 459 (1965). When counsel appears in person, he is permitted to confer with his client in private.

(4) What is the Bureau's practice if the individual requests counsel, but cannot afford to retain an attorney?

If any person being interviewed after warning of counsel decides that he wishes to consult with counsel before proceeding, further the interview is terminated, as shown above. FBI Agents do not pass judgment on the ability of the person to pay for counsel. They do, however, advise those who have been arrested for an offense under FBI jurisdiction, or whose arrest is contemplated following the interview, of a right to free counsel if they are unable to pay, and the availability of such counsel from the Judge.<sup>55</sup>

The practice of the FBI can readily be emulated by state and local enforcement agencies. The argument that the FBI deals with different crimes than are dealt with by state authorities does not mitigate the significance of the FBI experience.<sup>56</sup>

The experience in some other countries also suggests that the danger to law enforcement in curbs on interrogation is overplayed. The English procedure, since 1912 under the Judges' Rules, is significant. As recently strengthened, the Rules require that a cautionary warning be given an accused by a police officer as soon as he has evidence that affords reasonable grounds for suspicion; they also require that any statement made be given by the accused without questioning by police.<sup>57</sup> The right of the individual to consult with an attorney during this period is expressly recognized.<sup>58</sup>

The safeguards present under Scottish law may be even greater than in England. Scottish judicial decisions bar use in evidence of most confessions obtained through police interrogation.<sup>59</sup> In India, confessions made to police not in the presence of a magistrate have been excluded by rule of evidence since 1872, at a time when it operated under British law.<sup>60</sup> Identical provisions appear in the Evidence Ordinance of Ceylon, enacted in 1895.<sup>61</sup> Similarly, in our country, the Uniform Code of Military Justice has long provided that no suspect may be interrogated without first being warned of his right not to make a statement, and that any statement he makes may be used against him.<sup>62</sup> Denial of the right to consult counsel during interrogation has also been proscribed by military tribunals.<sup>63</sup> There appears to have been no marked detrimental effect on criminal law enforcement in these jurisdictions as a result of these rules. Conditions of law enforcement in our country are sufficiently similar to permit reference to this experience as assurance that lawlessness will not result from warning an individual of his rights or allowing him to exercise them. Moreover, it is consistent with our legal system that we give at least as much protection to these rights as is given in the jurisdictions described. We deal in our country with rights grounded in a specific requirement of the Fifth Amendment of the Constitution, whereas other jurisdictions arrived at their conclusions on the basis of principles of justice not so specifically defined.<sup>64</sup>

It is also urged upon us that we withhold decision on this issue until state legislative bodies and advisory groups have had an opportunity to deal with these problems by rulemaking.<sup>65</sup> We have already pointed out that the Constitution does not require any specific code of procedures for protecting the privilege against self-incrimination during custodial interrogation. Congress and the States are free to develop their own safeguards for the privilege, so long as they are fully as effective as those described above in informing accused persons of their right of silence and in affording a continuous opportunity to exercise it. In any event, however, the issues presented are of constitutional dimensions, and must be determined by the courts. The admissibility of a statement in the face of a claim that it was obtained in violation of the defendant's constitutional rights is an issue the resolution of which has long since been undertaken by this Court. See *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884). Judicial solutions to problems of constitutional dimension have evolved decade by decade. As courts have been presented with the need to enforce constitutional rights, they have found means of doing so. That was our responsibility when *Escobedo* was before us, and it is our responsibility today. Where rights secured by the Constitution are involved, there can be no rulemaking or legislation which would abrogate them.

## V

Because of the nature of the problem and because of its recurrent significance in numerous cases, we have to this point discussed the relationship of the Fifth Amendment privilege to police interrogation without specific concentration on the facts of the cases before us. We turn now to these facts to consider the application to these cases of the constitutional principles discussed above. In each instance, we have concluded that statements were obtained from the defendant under circumstances that did not meet constitutional standards for protection of the privilege.

### No. 759. *Miranda v. Arizona*

On March 13, 1963, petitioner, Ernesto Miranda, was arrested at his home and taken in custody to a Phoenix police station. He was there identified by the complaining witness. The police then took him to "Interrogation Room No. 2" of the detective bureau. There he was questioned by two police officers. The officers admitted at trial that Miranda was not advised that he had a right to have an attorney present.<sup>66</sup> Two hours later, the officers emerged from the interrogation room with a written confession signed by Miranda. At the top of the statement was a typed paragraph stating that the confession was made voluntarily, without threats or promises of immunity and "with full knowledge of my legal rights, understanding any statement I make may be used against me."<sup>67</sup>

At his trial before a jury, the written confession was admitted into evidence over the objection of defense counsel, and the officers testified to the prior oral confession made by Miranda during the interrogation. Miranda was found guilty of kidnapping and rape. He was sentenced to 20 to 30 years' imprisonment on each count, the sentences to run concurrently. On appeal, the Supreme Court of Arizona held that Miranda's constitutional rights were not violated in obtaining the confession, and affirmed the conviction. 98 Ariz. 18, 401 P.2d 721. In reaching its decision, the court emphasized heavily the fact that Miranda did not specifically request counsel.

We reverse. From the testimony of the officers and by the admission of respondent, it is clear that Miranda was not in any way apprised of his right to consult with an attorney and to have one present during the interrogation, nor was his right not to be compelled to incriminate himself effectively protected in any other manner. Without these warnings, the statements were inadmissible. The mere fact that he signed a statement which contained a typed-in clause stating that he had "full knowledge" of his "legal rights" does not approach the knowing and intelligent waiver required to relinquish constitutional rights. *Cf. Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 512-513 (1963); *Haley v. Ohio*, 332 U.S. 596, 601 (1948) (opinion of MR JUSTICE DOUGLAS).

No. 760. *Vignera v. New York*

Petitioner, Michael Vignera, was picked up by New York police on October 14, 1960, in connection with the robbery three days earlier of a Brooklyn dress shop. They took him to the 17th Detective Squad headquarters in Manhattan. Sometime thereafter, he was taken to the 66th Detective Squad. There a detective questioned Vignera with respect to the robbery. Vignera orally admitted the robbery to the detective. The detective was asked on cross-examination at trial by defense counsel whether Vignera was warned of his right to counsel before being interrogated. The prosecution objected to the question, and the trial judge sustained the objection. Thus, the defense was precluded from making any showing that warnings had not been given. While at the 66th Detective Squad, Vignera was identified by the store owner and a saleslady as the man who robbed the dress shop. At about 3 p.m., he was formally arrested. The police then transported him to still another station, the 70th Precinct in Brooklyn, "for detention." At 11 p.m., Vignera was questioned by an assistant district attorney in the presence of a hearing reporter, who transcribed the questions and Vignera's answers. This verbatim account of these proceedings contains no statement of any warnings given by the assistant district attorney. At Vignera's trial on a charge of first degree robbery, the detective testified as to the oral confession. The transcription of the statement taken was also introduced in evidence. At the conclusion of the testimony, the trial judge charged the jury in part as follows:

The law doesn't say that the confession is void or invalidated because the police officer didn't advise the defendant as to his rights. Did you hear what I said? I am telling you what the law of the State of New York is.

Vignera was found guilty of first degree robbery. He was subsequently adjudged a third-felony offender and sentenced to 30 to 60 years' imprisonment.<sup>68</sup> The conviction was affirmed without opinion by the Appellate Division, Second Department, 21 App.Div.2d 752, 252 N.Y.S.2d 19, and by the Court of Appeals, also without opinion, 15 N.Y.2d 970, 207 N.E.2d 527, 259 N.Y.S.2d 857, *remititur amended*, 16 N.Y.2d 614, 209 N.E.2d 110, 261 N.Y. .2d 65. In argument to the Court of Appeals, the State contended that Vignera had no constitutional right to be advised of his right to counsel or his privilege against self-incrimination.

We reverse. The foregoing indicates that Vignera was not warned of any of his rights before the questioning by the detective and by the assistant district attorney. No other steps were taken to protect these rights. Thus, he was not effectively apprised of his Fifth Amendment privilege or of his right to have counsel present, and his statements are inadmissible.

No. 761. *Westover v. United States*

At approximately 9:45 p.m. on March 20, 1963, petitioner, Carl Calvin Westover, was arrested by local police in Kansas City as a suspect in two Kansas City robberies. A report was also received from the FBI that he was wanted on a felony charge in California. The local authorities took him to a police station and placed him in a line-up on the local charges, and, at about 11:45 p.m., he was booked. Kansas City police interrogated Westover on the night of his arrest. He denied any knowledge of criminal activities. The next day, local officers interrogated him again throughout the morning. Shortly before noon, they informed the FBI that they were through interrogating Westover and that the FBI could proceed to interrogate him. There is nothing in the record to indicate that Westover was ever given any warning as to his rights by local police. At noon, three special agents of the FBI continued the interrogation in a private interview room of the Kansas City Police Department, this time with respect to the robbery of a savings and loan association and bank in Sacramento, California. After two or two and one-half hours, Westover signed separate confessions to each of these two robberies which had been prepared by one of the agents during the interrogation. At trial, one of the agents testified, and a paragraph on each of the statements states, that the agents advised Westover that he did not have to make a statement, that any statement he made could be used against him, and that he had the right to see an attorney.

Westover was tried by a jury in federal court and convicted of the California robberies. His statements were introduced at trial. He was sentenced to 15 years' imprisonment on each count, the sentences to run consecutively. On appeal, the conviction was affirmed by the Court of Appeals for the Ninth Circuit. 342 F.2d 684.

We reverse. On the facts of this case, we cannot find that Westover knowingly and intelligently waived his right to remain silent and his right to consult with counsel prior to the time he made the statement.<sup>69</sup> At the time the FBI agents began questioning Westover, he had been in custody for over 14 hours, and had been interrogated at length during that period. The FBI interrogation began immediately upon the conclusion of the interrogation by Kansas City police, and was conducted in local police headquarters. Although the two law enforcement authorities are legally distinct, and the crimes for which they interrogated Westover were different, the impact on him was that of a continuous period of questioning. There is no evidence of any warning given prior to the FBI interrogation, nor is there any evidence of an articulated waiver of rights after the FBI commenced its interrogation. The record simply shows that the defendant did, in fact, confess a short time after being turned over to the FBI following interrogation by local police. Despite the fact that the FBI agents gave warnings at the outset of their interview, from Westover's point of view, the warnings came at the end of the interrogation process. In these circumstances, an intelligent waiver of constitutional rights cannot be assumed.

We do not suggest that law enforcement authorities are precluded from questioning any individual who has been held for a period of time by other authorities and interrogated by them without appropriate warnings. A different case would be presented if an accused were taken into custody by the second authority, removed both in time and place from his original surroundings, and then adequately advised of his rights and given an opportunity to exercise them. But here, the FBI interrogation was conducted immediately following the state interrogation in the same police station -- in the same compelling surroundings. Thus, in obtaining a confession from Westover the federal authorities were the beneficiaries of the pressure applied by the local in-custody interrogation. In these circumstances, the giving of warnings alone was not sufficient to protect the privilege.

No. 584. *California v. Stewart*

In the course of investigating a series of purse-snatch robberies in which one of the victims had died of injuries inflicted by her assailant, respondent, Roy Allen Stewart, was pointed out to Los Angeles police as the endorser of dividend checks taken in one of the robberies. At about 7:15 p.m., January 31, 1963, police officers went to Stewart's house and arrested him. One of the officers asked Stewart if they could search the house, to which he replied, "Go ahead." The search turned up various items taken from the five robbery victims. At the time of Stewart's arrest, police also arrested Stewart's wife and three other persons who were visiting him. These four were jailed along with Stewart, and were interrogated. Stewart was taken to the University Station of the Los Angeles Police Department, where he was placed in a cell. During the next five days, police interrogated Stewart on nine different occasions. Except during the first interrogation session, when he was confronted with an accusing witness, Stewart was isolated with his interrogators.

During the ninth interrogation session, Stewart admitted that he had robbed the deceased and stated that he had not meant to hurt her. Police then brought Stewart before a magistrate for the first time. Since there was no evidence to connect them with any crime, the police then released the other four persons arrested with him.

Nothing in the record specifically indicates whether Stewart was or was not advised of his right to remain silent or his right to counsel. In a number of instances, however, the interrogating officers were asked to recount everything that was said during the interrogations. None indicated that Stewart was ever advised of his rights.

Stewart was charged with kidnapping to commit robbery, rape, and murder. At his trial, transcripts of the first interrogation and the confession at the last interrogation were introduced in evidence. The jury

found Stewart guilty of robbery and first degree murder, and fixed the penalty as death. On appeal, the Supreme Court of California reversed. 62 Cal.2d 571, 400 P.2d 97, 43 Cal.Rptr. 201. It held that, under this Court's decision in *Escobedo*, Stewart should have been advised of his right to remain silent and of his right to counsel, and that it would not presume in the face of a silent record that the police advised Stewart of his rights.<sup>70</sup>

We affirm.<sup>71</sup> In dealing with custodial interrogation, we will not presume that a defendant has been effectively apprised of his rights and that his privilege against self-incrimination has been adequately safeguarded on a record that does not show that any warnings have been given or that any effective alternative has been employed. Nor can a knowing and intelligent waiver of these rights be assumed on a silent record. Furthermore, Stewart's steadfast denial of the alleged offenses through eight of the nine interrogations over a period of five days is subject to no other construction than that he was compelled by persistent interrogation to forgo his Fifth Amendment privilege.

Therefore, in accordance with the foregoing, the judgments of the Supreme Court Of Arizona in No. 759, of the New York Court of Appeals in No. 760, and of the Court of Appeals for the Ninth Circuit in No. 761, are reversed. The judgment of the Supreme Court of California in No. 584 is affirmed.

*It is so ordered.*

\*

Together with No. 760, *Vignera v. New York*, on certiorari to the Court of Appeals of New York and No. 761, *Westover v. United States*, on certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, both argued February 28-March 1, 1966, and No. 584, *California v. Stewart*, on certiorari to the Supreme Court of California, argued February 28-March 2, 1966.

---

1. Compare *United States v. Childress*, 347 F.2d 448 (C.A. 7th Cir.1965), with *Collins v. Beto*, 348 F.2d 823 (C.A. 5th Cir.1965). Compare *People v. Dorado*, 62 Cal.2d 338, 398 P.2d 361, 42 Cal.Rptr. 169 (1964), with *People v. Hartgraves*, 31 Ill.2d 375, 202 N.E.2d 33 (1964).

2. See, e.g., Enker & Elsen, Counsel for the Suspect: *Massiah v. United States* and *Escobedo v. Illinois*, 49 Minn.L.Rev. 47 (1964); Herman, The Supreme Court and Restrictions on Police Interrogation, 25 Ohio St.L.J. 449 (1964); Kamisar, Equal Justice in the Gatehouses and Mansions of American Criminal Procedure, in *Criminal Justice in Our Time* 1 (1965); Dowling, *Escobedo* and Beyond: The Need for a Fourteenth Amendment Code of Criminal Procedure, 56 J.Crim.L., C. & P. S. 143, 156 (1965).

The complex problems also prompted discussions by jurists. Compare Bazelon, Law, Morality, and Civil Liberties, 12 U.C.L.A.L.Rev. 13 (1964), with Friendly, The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure, 53 Calif.L.Rev. 929 (1965).



**3.** For example, the Los Angeles Police Chief stated that, If the police are required . . . to . . . establish that the defendant was apprised of his constitutional guarantees of silence and legal counsel prior to the uttering of any admission or confession, and that he intelligently waived these guarantees . . . a whole Pandora's box is opened as to under what circumstances . . . can a defendant intelligently waive these rights. . . . Allegations that modern criminal investigation can compensate for the lack of a confession or admission in every criminal case is totally absurd!

Parker, 40 L.A.Bar Bull. 603, 607, 642 (1965). His prosecutorial counterpart, District Attorney Younger, stated that

[I]t begins to appear that many of these seemingly restrictive decisions are going to contribute directly to a more effective, efficient and professional level of law enforcement.

L.A. Times, Oct. 2, 1965, p. 1. The former Police Commissioner of New York, Michael J. Murphy, stated of *Escobedo*:

What the Court is doing is akin to requiring one boxer to fight by Marquis of Queensbury rules while permitting the other to butt, gouge and bite.

N.Y. Times, May 14, 1965, p. 39. The former United States Attorney for the District of Columbia, David C. Acheson, who is presently Special Assistant to the Secretary of the Treasury (for Enforcement), and directly in charge of the Secret Service and the Bureau of Narcotics, observed that

Prosecution procedure has, at most, only the most remote causal connection with crime. Changes in court decisions and prosecution procedure would have about the same effect on the crime rate as an aspirin would have on a tumor of the brain.

Quoted in Herman, *supra*, n. 2, at 500, n. 270. Other views on the subject in general are collected in Weisberg, Police Interrogation of Arrested Persons: A Skeptical View, 52 J.Crim.L., C. & P.S. 21 (1961).

**4.** This is what we meant in *Escobedo* when we spoke of an investigation which had focused on an accused.

**5.** See, for example, IV National Commission on Law Observance and Enforcement, Report on Lawlessness in Law Enforcement (1931) [Wickersham Report]; Booth, Confessions, and Methods Employed in Procuring Them, 4 So. Calif.L.Rev. 83 (1930); Kauper, Judicial Examination of the Accused -- A Remedy for the Third Degree, 30 Mich.L.Rev. 1224 (1932). It is significant that instances of third-degree treatment of prisoners almost invariably took place during the period between arrest and preliminary examination. Wickersham Report, at 169; Hall, The Law of Arrest in Relation to Contemporary Social Problems, 3 U.Chi.L.Rev. 345, 357 (1936). See also Foote, Law and Police Practice: Safeguards in the Law of Arrest, 52 Nw.U.L.Rev. 16 (1957).

**6.** *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936); *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940); *Canty v. Alabama*, 309 U.S. 629 (1940); *White v. Texas*, 310 U.S. 530 (1940); *Vernon v. Alabama*, 313 U.S. 547 (1941); *Ward v. Texas*, 316 U.S. 547 (1942); *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944); *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945); *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954). See also *Williams v. United States*, 341 U.S. 97 (1951).

**7.** In addition, see *People v. Wakat*, 415 Ill. 610, 114 N.E.2d 706 (1953); *Wakat v. Harlib*, 253 F.2d 59 (C.A. 7th Cir.1958) (defendant suffering from broken bones, multiple bruises and injuries sufficiently serious to require eight months' medical treatment after being manhandled by five policemen); *Kier v. State*, 213 Md. 556, 132 A.2d 494 (1957) (police doctor told accused, who was strapped to a chair completely nude, that he proposed to take hair and skin scrapings from anything that looked like blood or sperm from various parts of his body); *Bruner v. People*, 113 Colo.194, 156 P.2d 111 (1945) (defendant held in custody over two months, deprived of food for 15 hours, forced to submit to a lie detector test when he wanted to go to the toilet); *People v. Matlock*, 51 Cal.2d 682, 336 P.2d 505 (1959) (defendant questioned incessantly over an evening's time, made to lie on cold board and to answer questions whenever it appeared he was getting sleepy). Other cases are documented in American Civil Liberties Union, Illinois Division, Secret Detention by the Chicago Police (1959); Potts, The Preliminary Examination and "The Third Degree," 2 Baylor L.Rev. 131 (1950); Sterling, Police Interrogation and the Psychology of Confession, 14 J.Pub.L. 25 (1965).

**8.** The manuals quoted in the text following are the most recent and representative of the texts currently available. Material of the same nature appears in Kidd, *Police Interrogation* (1940); Mulbar, *Interrogation* (1951); Dienstein, *Technics for the Crime Investigator* 97-115 (1952). Studies concerning the observed practices of the police appear in LaFave, *Arrest: The Decision To Take a Suspect Into Custody* 244-437, 490-521 (1965); LaFave, *Detention for Investigation by the Police: An Analysis of Current Practices*, 1962 Wash.U.L.Q. 331; Barrett, *Police Practices and the Law -- From Arrest to Release or Charge*, 50 Calif.L.Rev. 11 (1962); Sterling, *supra*, n. 7, at 47-65.

**9.** The methods described in Inbau & Reid, *Criminal Interrogation and Confessions* (1962), are a revision and enlargement of material presented in three prior editions of a predecessor text, *Lie Detection and Criminal Interrogation* (3d ed.1953). The authors and their associates are officers of the Chicago Police Scientific Crime Detection Laboratory, and have had extensive experience in writing, lecturing and speaking to law enforcement authorities over a 20-year period. They say that the techniques portrayed in their manuals reflect their experiences, and are the most effective psychological stratagems to employ during interrogations. Similarly, the techniques described in O'Hara, *Fundamentals of Criminal Investigation* (1956), were gleaned from long service as observer, lecturer in police science, and work as a federal criminal investigator. All these texts have had rather extensive use among law enforcement agencies and among students of police science, with total sales and circulation of over 44,000.

**10.** Inbau & Reid, *Criminal Interrogation and Confessions* (1962), at 1.

**11.** O'Hara, *supra*, at 99.

**12.** Inbau & Reid, *supra*, at 34-43, 87. For example, in *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954), the interrogator-psychiatrist told the accused, "We do sometimes things that are not right, but in a fit of temper or anger we sometimes do things we aren't really responsible for," *id.* at 562, and again, "We know that morally, you were just in anger. Morally, you are not to be condemned," *id.* at 582.

**13.** Inbau Reid, *supra*, at 43-55.

**14.** O'Hara, *supra*, at 112.

**15.** Inbau & Reid, *supra*, at 40.

**16.** *Ibid.*

**17.** O'Hara, *supra*, at 104, Inbau & Reid, *supra*, at 58-59. See *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959). A variant on the technique of creating hostility is one of engendering fear. This is perhaps best described by the prosecuting attorney in *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 407 (1945):

Why this talk about being undressed? Of course, they had a right to undress him to look for bullet scars, and keep the clothes off him. That was quite proper police procedure. That is some more psychology -- let him sit around with a blanket on him, humiliate him there for a while; let him sit in the corner, let him think he is going to get a shellacking.

**18.** O'Hara, *supra*, at 105-106.

**19.** *Id.* at 106.

**20.** Inbau & Reid, *supra*, at 111.

**21.** *Ibid.*

**22.** Inbau & Reid, *supra*, at 112.

**23.** Inbau & Reid, *Lie Detection and Criminal Interrogation* 185 (3d ed.1953).

**24.** Interrogation procedures may even give rise to a false confession. The most recent conspicuous example occurred in New York, in 1964, when a Negro of limited intelligence confessed to two brutal murders and a rape which he had not committed. When this was discovered, the prosecutor was reported as saying:

Call it what you want -- brainwashing, hypnosis, fright. They made him give an untrue confession. The only thing I don't believe is that Whitmore was beaten.

N.Y. Times, Jan. 28, 1965, p. 1, col. 5. In two other instances, similar events had occurred. N.Y. Times, Oct. 20, 1964, p. 22, col. 1; N.Y. Times, Aug. 25, 1965, p. 1, col. 1. In general, see Borchard, *Convicting the Innocent* (1932); Frank & Frank, *Not Guilty* (1957).

**25.** In the fourth confession case decided by the Court in the 1962 Term, *Fay v. Noia*, 372 U.S. 391 (1963), our disposition made it unnecessary to delve at length into the

facts. The facts of the defendant's case there, however, paralleled those of his codefendants, whose confessions were found to have resulted from continuous and coercive interrogation for 27 hours, with denial of requests for friends or attorney. See *United States v. Murphy*, 222 F.2d 698 (C.A.2d Cir.1955) (Frank, J.); *People v. Bonino*, 1 N.Y.2d 752, 135 N.E.2d 51 (1956).

**26.** The absurdity of denying that a confession obtained under these circumstances is compelled is aptly portrayed by an example in Professor Sutherland's recent article, *Crime and Confession*, 79 Harv.L.Rev. 21, 37 (1965):

Suppose a well-to-do testatrix says she intends to will her property to Elizabeth. John and James want her to bequeath it to them instead. They capture the testatrix, put her in a carefully designed room, out of touch with everyone but themselves and their convenient "witnesses," keep her secluded there for hours while they make insistent demands, weary her with contradictions of her assertions that she wants to leave her money to Elizabeth, and finally induce her to execute the will in their favor. Assume that John and James are deeply and correctly convinced that Elizabeth is unworthy, and will make base use of the property if she gets her hands on it, whereas John and James have the noblest and most righteous intentions. Would any judge of probate accept the will so procured as the "voluntary" act of the testatrix?

**27.** Thirteenth century commentators found an analogue to the privilege grounded in the Bible. "To sum up the matter, the principle that no man is to be declared guilty on his own admission is a divine decree." Maimonides, *Mishneh Torah* (Code of Jewish Law), Book of Judges, Laws of the Sanhedrin, c. 18, 116, III Yale Judaica Series 52-53. See also Lamm, *The Fifth Amendment and Its Equivalent in the Halakhah*, 5 *Judaism* 53 (Winter 1956).

**28.** See Morgan, *The Privilege Against Self-Incrimination*, 34 Minn.L.Rev. 1, 9-11 (1949); 8 Wigmore, *Evidence* 289-295 (McNaughton rev.1961). See also Lowell, *The Judicial Use of Torture*, Parts I and II, 11 Harv.L.Rev. 220, 290 (1897).

**29.** See Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-Incrimination in America*, 21 Va.L.Rev. 763 (1935); *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422, 445-449 (1956) (DOUGLAS, J., dissenting).

**30.** Compare *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896); *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

**31.** Brief for the United States, p. 28. To the same effect, see Brief for the United States, pp. 40-49, n. 44, *Anderson v. United States*, 318 U.S. 350 (1943); Brief for the United States, pp. 17-18, *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

**32.** Our decision today does not indicate in any manner, of course, that these rules can be disregarded. When federal officials arrest an individual, they must as always comply with the dictates of the congressional legislation and cases thereunder. See generally Hogan & Snee, *The McNabb-Mallory Rule: Its Rise, Rationale and Rescue*, 47 Geo.L.J. 1 (1958).

**33.** The decisions of this Court have guaranteed the same procedural protection for the defendant whether his confession was used in a federal or state court. It is now axiomatic that the defendant's constitutional rights have been violated if his conviction is based, in whole or in part, on an involuntary confession, regardless of its truth or falsity. *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 544 (1961); *Wan v. United States*, 266 U.S. 1 (1924). This is so even if there is ample evidence aside from the confession to support the conviction, e.g., *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 404 (1945); *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 540-542 (1897). Both state and federal courts now adhere to trial procedures which seek to assure a reliable and clear-cut determination of the voluntariness of the confession offered at trial, *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368 (1964); *United States v. Carignan*, 342 U.S. 36, 38 (1951); see also *Wilson v. United States*, 162 U.S. 613, 624 (1896). Appellate review is exacting, see *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963); *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960). Whether his conviction was in a federal or state court, the defendant may secure a post-conviction hearing based on the alleged involuntary character of his confession, provided he meets the procedural requirements, *Fay v. Noia*, 372 U.S. 391 (1963); *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293 (1963). In addition, see *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964).

**34.** See *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219, 241 (1941); *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944); *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945); *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959); *Lynum v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963); *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963).

**35.** The police also prevented the attorney from consulting with his client. Independent of any other constitutional proscription, this action constitutes a violation of the Sixth Amendment right to the assistance of counsel, and excludes any statement obtained in its wake. See *People v. Donovan*, 13 N.Y.2d 148, 193 N.E.2d 628, 243 N.Y.S.2d 841 (1963) (Fuld, J.)

**36.** *In re Groban*, 352 U.S. 330, 340-352 (1957) (BLACK, J., dissenting); Note, 73 Yale L.J. 1000, 1048-1051 (1964); Comment, 31 U.Chi.L.Rev. 313, 320 (1964) and authorities cited.

**37.** See p. 454, *supra*. Lord Devlin has commented:

It is probable that, even today, when there is much less ignorance about these matters than formerly, there is still a general belief that you must answer all questions put to you by a policeman, or at least that it will be the worse for you if you do not.

Devlin, *The Criminal Prosecution in England* 32 (1958).

In accord with our decision today, it is impermissible to penalize an individual for exercising his Fifth Amendment privilege when he is under police custodial interrogation. The prosecution may not, therefore, use at trial the fact that he stood mute or claimed his privilege in the face of accusation. Cf. *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 8 (1964); Comment, 31 U.Chi.L.Rev. 556 (1964); *Developments in the Law -- Confessions*, 79 Harv.L.Rev. 935, 1041-1044 (1966). See also *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 562 (1897).

**38.** Cf. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942), and the recurrent inquiry into special circumstances it necessitated. See generally Kamisar, *Betts v. Brady Twenty Years Later: The Right to Counsel and Due Process Values*, 61 Mich.L.Rev. 219 (1962).

**39.** See Herman, *The Supreme Court and Restrictions on Police Interrogation*, 25 Ohio St.L.J. 440, 480 (1964).

**40.** Estimates of 50-90% indigency among felony defendants have been reported. Pollock, *Equal Justice in Practice*, 45 Minn.L.Rev. 737, 738-739 (1961); Birzon, Kasanof & Forma, *The Right to Counsel and the Indigent Accused in Courts of Criminal Jurisdiction in New York State*, 14 Buffalo L.Rev. 428, 433 (1965).

**41.** See Kamisar, *Equal Justice in the Gatehouses and Mansions of American Criminal Procedure*, in *Criminal Justice in Our Time* 1, 64-81 (1965). As was stated in the Report of the Attorney General's Committee on Poverty and the Administration of Federal Criminal Justice 9 (1963):

When government chooses to exert its powers in the criminal area, its obligation is surely no less than that of taking reasonable measures to eliminate those factors that are irrelevant to just administration of the law, but which, nevertheless, may occasionally affect determinations of the accused's liability or penalty. While government may not be required to relieve the accused of his poverty, it may properly be required to minimize the influence of poverty on its administration of justice.

**42.** Cf. *United States ex rel. Brown v. Fay*, 242 F.Supp. 273, 277 (D.C.S.D.N.Y.1965); *People v. Witek*, 15 N.Y.2d 392, 207 N.E.2d 358, 259 N.Y.S.2d 413 (1965).

**43.** While a warning that the indigent may have counsel appointed need not be given to the person who is known to have an attorney or is known to have ample funds to secure one, the expedient of giving a warning is too simple, and the rights involved too important, to engage in *ex post facto* inquiries into financial ability when there is any doubt at all on that score.

**44.** If an individual indicates his desire to remain silent, but has an attorney present, there may be some circumstances in which further questioning would be permissible. In the absence of evidence of overbearing, statements then made in the presence of counsel might be free of the compelling influence of the interrogation process and might fairly be construed as a waiver of the privilege for purposes of these statements.

**45.** Although this Court held in *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951), over strong dissent, that a witness before a grand jury may not in certain circumstances

decide to answer some questions and then refuse to answer others, that decision has no application to the interrogation situation we deal with today. No legislative or judicial factfinding authority is involved here, nor is there a possibility that the individual might make self-serving statements of which he could make use at trial while refusing to answer incriminating statements.

**46.** The distinction and its significance has been aptly described in the opinion of a Scottish court:

In former times, such questioning, if undertaken, would be conducted by police officers visiting the house or place of business of the suspect and there questioning him, probably in the presence of a relation or friend. However convenient the modern practice may be, it must normally create a situation very unfavourable to the suspect.

*Chalmer v. H. M. Advocate*, [1954] Sess.Cas. 66, 78 (J.C.).

**47.** See *People v. Dorado*, 62 Cal.2d 338, 354, 398 P.2d 361, 371 42 Cal.Rptr. 169, 179 (1965).

**48.** In accordance with our holdings today and in *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 492, *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958) and *Cicenia v. Lagay*, 357 U.S. 504 (1958), are not to be followed.

**49.** In quoting the above from the dissenting opinion of Mr. Justice Brandeis we, of course, do not intend to pass on the constitutional questions involved in the *Olmstead* case.

**50.** Schaefer, *Federalism and State Criminal Procedure*, 70 Harv.L.Rev. 1, 26 (1956).

**51.** Miranda, Vignera, and Westover were identified by eyewitnesses. Marked bills from the bank robbed were found in Westover's car. Articles stolen from the victim as well as from several other robbery victims were found in Stewart's home at the outset of the investigation.

**52.** Dealing as we do here with constitutional standards in relation to statements made, the existence of independent corroborating evidence produced at trial is, of course, irrelevant to our decisions. *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 515-19 (1963); *Lynum v. Illinois*, 372 U.S. 528, 537-538 (1963); *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534, 541 (1961); *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199, 206 (1960).

**53.** See, e.g., Report and Recommendations of the [District of Columbia] Commissioners' Committee on Police Arrests for Investigation (1962); American Civil Liberties Union, *Secret Detention by the Chicago Police* (1959). An extreme example of this practice occurred in the District of Columbia in 1958. Seeking three "stocky" young Negroes who had robbed a restaurant, police rounded up 90 persons of that general description. Sixty-three were held overnight before being released for lack of evidence. A man not among the 90 arrested was ultimately charged with the crime. *Washington Daily News*, January 21, 1958, p. 5, col. 1; Hearings before a Subcommittee of the Senate Judiciary Committee on H.R. 11477, S. 2970, S. 3325, and S. 3355, 85th Cong., 2d Sess. (July 1958), pp. 40, 78.

**54.** In 1952, J. Edgar Hoover, Director of the Federal Bureau of Investigation, stated: Law enforcement, however, in defeating the criminal, must maintain inviolate the historic liberties of the individual. To turn back the criminal, yet, by so doing, destroy the dignity of the individual, would be a hollow victory.

\* \* \* \*

We can have the Constitution, the best laws in the land, and the most honest reviews by courts -- but unless the law enforcement profession is steeped in the democratic tradition, maintains the highest in ethics, and makes its work a career of honor, civil liberties will continually -- and without end -- be violated. . . . The best protection of civil liberties is an alert, intelligent and honest law enforcement agency. There can be no alternative.

\* \* \* \*

. . . Special Agents are taught that any suspect or arrested person, at the outset of an interview, must be advised that he is not required to make a statement and that any statement given can be used against him in court. Moreover, the individual must be informed that, if he desires, he may obtain the services of an attorney of his own choice.

Hoover, Civil Liberties and Law Enforcement: The Role of the FBI, 37 Iowa L.Rev. 175, 177-182 (1952).

**55.** We agree that the interviewing agent must exercise his judgment in determining whether the individual waives his right to counsel. Because of the constitutional basis of the right, however, the standard for waiver is necessarily high. And, of course, the ultimate responsibility for resolving this constitutional question lies with the courts.

**56.** Among the crimes within the enforcement jurisdiction of the FBI are kidnapping, 18 U.S.C. § 1201 (1964 ed.), white slavery, 18 U.S.C. §§ 2421-2423 (1964 ed.), bank robbery, 18 U.S.C. § 2113 (1964 ed.), interstate transportation and sale of stolen property, 18 U.S.C. §§ 2311-2317 (1964 ed.), all manner of conspiracies, 18 U.S.C. § 371 (1964 ed.), and violations of civil rights 18 U.S.C. §§ 241-242 (1964 ed.). See also 18 U.S.C. § 1114 (1964 ed.) (murder of officer or employee of the United States).

**57.** [1964] Crim.L.Rev. at 166-170. These Rules provide in part:

II. As soon as a police officer has evidence which would afford reasonable grounds for suspecting that a person has committed an offence, he shall caution that person or cause him to be cautioned before putting to him any questions, or further questions, relating to that offence.

The caution shall be in the following terms:

You are not obliged to say anything unless you wish to do so, but what you say may be put into writing and given in evidence.

When, after being cautioned a person is being questioned, or elects to make a statement, a record shall be kept of the time and place at which any such questioning or statement began and ended and of the persons present.

III . . .

\* \* \* \*

(b) It is only in exceptional cases that questions relating to the offence should be put to the accused person after he has been charged or informed that he may be prosecuted.

\* \* \* \*

IV. All written statements made after caution shall be taken in the following manner:

(a) If a person says that he wants to make a statement, he shall be told that it is intended to make a written record of what he says.

He shall always be asked whether he wishes to write down himself what he wants to say; if he says that he cannot write, or that he would like someone to write it for him, a police officer may offer to write the statement for him. . . .

(b) Any person writing his own statement shall be allowed to do so without any prompting, as distinct from indicating to him what matters are material.

\* \* \* \*

(d) Whenever a police officer writes the statement, he shall take down the exact words spoken by the person making the statement, without putting any questions other than such as may be needed to make the statement coherent, intelligible and relevant to the material matters: he shall not prompt him.

The prior Rules appear in Devlin, The Criminal Prosecution in England 137-141 (1958).

Despite suggestions of some laxity in enforcement of the Rules, and despite the fact some discretion as to admissibility is invested in the trial judge, the Rules are a significant influence in the English criminal law enforcement system. See, e.g., [1964] Crim.L.Rev. at 182, and articles collected in [1960] Crim.L.Rev. at 298-356.

**58.** The introduction to the Judges' Rules states in part:

These Rules do not affect the principles

\* \* \* \*

(c) That every person at any stage of an investigation should be able to communicate and to consult privately with a solicitor. This is so even if he is in custody provided that, in such a case, no unreasonable delay or hindrance is caused to the processes of investigation or the administration of justice by his doing so. . . .

[1964] Crim.L.Rev. at 166-167.

**59.** As stated by the Lord Justice General in *Chalmers v. H.M Advocate*, [1954] Sess.Cas. 66, 78 (J.C.):

The theory of our law is that, at the stage of initial investigation, the police may question anyone with a view to acquiring information which may lead to the detection of the criminal; but that, when the stage has been reached at which suspicion, or more than suspicion, has in their view centered upon some person as the likely perpetrator of the crime, further interrogation of that person becomes very dangerous, and, if carried too far, *e.g.*, to the point of extracting a confession by what amounts to cross-examination, the evidence of that confession will almost certainly be excluded. Once the accused has been apprehended and charged, he has the statutory right to a private interview with a solicitor and to be brought before a magistrate with all convenient speed so that he may, if so advised, emit a declaration in presence of his solicitor under conditions which safeguard him against prejudice.

**60.** "No confession made to a police officer shall be proved as against a person accused of any offence." Indian Evidence Act § 25.

No confession made by any person whilst he is in the custody of a police officer unless it be made in the immediate presence of a Magistrate, shall be proved as against such person.

Indian Evidence Act § 26. See 1 Ramaswami & Rajagopalan, *Law of Evidence in India* 553-569 (1962). To avoid any continuing effect of police pressure or inducement, the Indian Supreme Court has invalidated a confession made shortly after police brought a suspect before a magistrate, suggesting:

[I]t would, we think, be reasonable to insist upon giving an accused person at least 24 hours to decide whether or not he should make a confession.

*Sarwan Singh v. State of Punjab*, 44 All India Rep. 1957, Sup.Ct. 637, 644.

**61.** I Legislative Enactments of Ceylon 211 (1958).

**62.** 10 U.S.C. § 831(b) (1964 ed.)

**63.** *United States v. Rose*, 24 CMR 251 (1957); *United States v. Gunnels*, 23 CMR 354 (1957).

**64.** Although no constitution existed at the time confessions were excluded by rule of evidence in 1872, India now has a written constitution which includes the provision that "No person accused of any offence shall be compelled to be a witness against himself." Constitution of India, Article 20(3). See Tope, *The Constitution of India* 63-67 (1960).

**65.** Brief for United States in No. 761, *Westover v. United States*, pp. 44-47; Brief for the State of New York as *amicus curiae*, pp. 35-39. See also Brief for the National District Attorneys Association as *amicus curiae*, pp. 23-26.

**66.** Miranda was also convicted in a separate trial on an unrelated robbery charge not presented here for review. A statement introduced at that trial was obtained from Miranda during the same interrogation which resulted in the confession involved here. At the robbery trial, one officer testified that, during the interrogation, he did not tell Miranda that anything he said would be held against him or that he could consult with an attorney. The other officer stated that they had both told Miranda that anything he said would be used against him and that he was not required by law to tell them anything.

**67.** One of the officers testified that he read this paragraph to Miranda. Apparently, however, he did not do so until after Miranda had confessed orally.

**68.** Vignera thereafter successfully attacked the validity of one of the prior convictions, *Vignera v. Wilkins*, Civ. 9901 (D.C.W.D.N.Y. Dec. 31, 1961) (unreported), but was then resentenced as a second-felony offender to the same term of imprisonment as the original sentence. R. 31-33.

**69.** The failure of defense counsel to object to the introduction of the confession at trial, noted by the Court of Appeals and emphasized by the Solicitor General, does not preclude our consideration of the issue. Since the trial was held prior to our decision in *Escobedo* and, of course, prior to our decision today making the objection available, the failure to object at trial does not constitute a waiver of the claim. See, *e.g.*, *United States ex rel. Angelet v. Fay*, 333 F.2d 12, 16 (C.A.2d Cir.1964), *aff'd*, 381 U.S. 654 (1965). Cf. *Ziffrin, Inc. v. United States*, 318 U.S. 73, 78 (1943).

**70.** Because of this disposition of the case, the California Supreme Court did not reach the claims that the confession was coerced by police threats to hold his ailing wife in custody until he confessed, that there was no hearing as required by *Jackson v. Denno*,

378 U.S. 368 (1964), and that the trial judge gave an instruction condemned by the California Supreme Court's decision in *People v. Morse*, 60 Cal.2d 631, 388 P.2d 33, 36 Cal.Rptr. 201 (1964).

**71.** After certiorari was granted in this case, respondent moved to dismiss on the ground that there was no final judgment from which the State could appeal, since the judgment below directed that he be retried. In the event respondent was successful in obtaining an acquittal on retrial, however, under California law the State would have no appeal. Satisfied that, in these circumstances, the decision below constituted a final judgment under 28 U.S.C. § 1257(3) (1964 ed.), we denied the motion. 383 U.S. 903.



Cour européenne des droits de l'homme  
Sunday Times contre Royaume-Uni  
Requête 6538/74  
26 avril 1979



## **En l'affaire Sunday Times,**

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. BALLADORE PALLIERI, président,  
G. WIARDA,  
H. MOSLER,  
M. ZEKIA,  
J. CREMONA,  
P. O'DONOGHUE,  
Mme H. PEDERSEN,  
MM. Thór VILHJÁLMSSON,  
R. RYSSDAL,  
W. GANSHOF VAN DER MEERSCH,  
Sir Gerald FITZMAURICE,  
Mme D. BINDSCHEDLER-ROBERT,  
MM. D. EVRIGENIS,  
P.-H. TEITGEN,  
G. LAGERGREN,  
L. LIESCH,  
F. GÖLCÜKLÜ,  
F. MATSCHER,  
J. PINHEIRO FARINHA,  
E. GARCÍA DE ENTERRÍA,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, greffier, et H. PETZOLD, greffier adjoint,

Après avoir délibéré en chambre du conseil du 30 novembre au 2 décembre 1978 et du 27 au 29 mars 1979,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

### **PROCEDURE**

**1.** L'affaire Sunday Times a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission"). A son origine se trouve une requête dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et que l'éditeur (Times Newspapers Limited), le rédacteur en chef (M. Harold Evans) et un groupe de journalistes de l'hebdomadaire britannique The Sunday Times avaient introduite devant la Commission le 19 janvier 1974 en vertu de l'article 25 (art. 25) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention").

**2.** La demande de la Commission, qui s'accompagnait du rapport prévu à l'article 31 (art. 31) de la Convention, a été déposée au greffe de la Cour

le 15 juillet 1977, dans le délai de trois mois fixé par les articles 32 par. 1 et 47 (art. 32-1, art. 47). Elle renvoyait aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) de la Convention et à la déclaration par laquelle le Royaume-Uni a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision de la Cour sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non, de la part de l'État défendeur, un manquement aux obligations qui lui incombent aux termes de l'article 10 (art. 10) de la Convention, lu isolément ou combiné avec l'article 14 (art. 14+10) ou l'article 18 (art. 18+10).

**3.** La Chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Gerald Fitzmaurice, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention) (art. 43), et M. G. Balladore Pallieri, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 28 juillet 1977, en présence du greffier, le président de la Cour a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. H. Mosler, M. Zekia, P. O'Donoghue, R. Ryssdal et J. Pinheiro Farinha (articles 43 in fine de la Convention et 21 par. 4 du règlement) (art. 43).

M. Balladore Pallieri a assumé la présidence de la Chambre (article 21 par. 5 du règlement).

**4.** Le président de la Chambre a recueilli, par l'intermédiaire du greffier, l'opinion de l'agent du gouvernement du Royaume-Uni ("le Gouvernement"), de même que celle des délégués de la Commission, au sujet de la procédure à suivre. Par une ordonnance du 15 septembre 1977, il a décidé que l'agent déposerait un mémoire avant le 7 décembre 1977 et que les délégués auraient la faculté d'y répondre par écrit dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le greffier le leur aurait communiqué.

Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 8 décembre 1977. Le 10 février 1978, les délégués ont transmis à la Cour un mémoire qui leur avait été présenté au nom des requérants; ils ont indiqué qu'ils n'entendaient pas, à ce stade, exposer leur propre avis ni commenter le mémoire des requérants, mais se réservaient de le faire à l'audience.

**5.** Après avoir consulté, par l'intermédiaire du greffier adjoint, l'agent du Gouvernement et les délégués de la Commission, le président a, par une ordonnance du 16 mars 1978, fixé au 24 avril 1978 la date d'ouverture de la procédure orale. Par une ordonnance du 20 mars 1978, il a autorisé l'agent à déposer avant le 7 avril 1978 un mémoire complémentaire que le greffe a reçu le 6 avril.

Le 13 avril, le secrétaire de la Commission a transmis à la Cour une lettre que lui avaient adressée le 10 avril les requérants, ainsi que certains documents joints à cette lettre.

**6.** Les débats se sont déroulés en public les 24 et 25 avril 1978 à Strasbourg, au Palais des Droits de l'Homme.

Ont comparu devant la Cour:

- pour le Gouvernement:

M. D. ANDERSON, jurisconsulte, ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, agent,  
M. P. ARCHER, M.P., Q.C., Solicitor-General,  
M. N. BRATZA, avocat, conseils,  
M. R. RICKS, Treasury Solicitor's Department,  
M. M. SAUNDERS, Law Officers' Department, conseillers;

- pour la Commission:

M. J. FAWCETT, délégué principal,  
M. J. CUSTERS,  
M. J. FROWEIN, délégués,  
M. A. LESTER, Q.C.,  
M. A. WHITAKER, Legal Manager,  
Times Newspapers, Ltd, assistant les délégués en vertu de l'article 29 par. 1, deuxième phrase, du règlement de la Cour.

La Cour a ouï en leurs déclarations et conclusions M. Archer pour le Gouvernement et, pour la Commission, MM. Fawcett, Frowein et Lester ainsi que ce dernier en ses réponses aux questions de certains juges. Pendant l'audience, la Commission a produit devant la Cour d'autres documents qu'elle avait reçus des requérants.

**7.** La Chambre a délibéré en chambre du conseil du 25 au 27 avril.

Réunie à huis clos le 27 octobre 1978 à Strasbourg, elle a décidé, en vertu de l'article 48 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière, par le motif "que l'affaire soulev(ait) des questions graves qui touch(aient) à l'interprétation de la Convention (...)".

Ayant obtenu, par l'intermédiaire du greffier, l'accord de l'agent du Gouvernement et l'avis concordant des délégués de la Commission, la Cour a décidé le 30 novembre que la procédure se poursuivrait sans de nouvelles audiences (article 26 du règlement).

FAITS

Historique

**8.** De 1958 à 1961, la Distillers Company (Biochemicals) Limited ("la Distillers") fabriqua et commercialisa sous licence au Royaume-Uni des médicaments comprenant de la "thalidomide", substance mise au point en République fédérale d'Allemagne. Ils étaient prescrits comme sédatifs, notamment pour les femmes enceintes. En 1961, des femmes qui en avaient absorbé pendant leur grossesse donnèrent le jour à des enfants atteints de malformations graves; au bout du compte on enregistra

quelque 450 naissances de ce genre. En novembre de la même année, la Distillers retira du marché britannique tous les médicaments qui renfermaient de la thalidomide.

**9.** Entre 1962 et 1966, les parents de soixante-dix enfants mal formés assignèrent la Distillers en justice au nom de ceux-ci comme pour leur propre compte. Ils attribuaient les malformations à l'effet sur le fœtus de la thalidomide administrée à la mère en cours de grossesse, alléguaient que la Distillers avait témoigné de négligence en produisant, fabriquant et commercialisant les médicaments et exigeaient des dommages-intérêts. La Distillers se défendit de s'être montrée négligente et contesta le fondement juridique des demandes. Un certain nombre d'actions furent aussi intentées au sujet de personnes souffrant de névrite périphérique à cause, affirmait-on, de l'emploi des médicaments.

Soixante-cinq des soixante-dix actions de parents furent réglées à l'amiable en 1968 à l'issue de négociations entre les conseils juridiques des parties. Soixante-deux d'entre elles concernant des enfants en vie, leur règlement avait besoin d'une homologation judiciaire; elle fut accordée. D'après l'arrangement chaque plaignant toucherait de la Distillers, à condition de retirer l'accusation de négligence, 40% de la somme qu'il aurait perçue s'il avait entièrement obtenu gain de cause. En 1969 se déroulèrent devant la High Court des procédures complémentaires portant sur le montant de la réparation dans les cas réglés de la sorte. Pour finir, la Distillers versa environ un million de livres pour cinquante-huit cas; deux furent résolus d'une autre manière et les deux derniers se négociaient encore en juillet 1973.

**10.** L'arrangement de 1968 n'englobait pas cinq des soixante-dix actions initiales car les instances y relatives n'avaient pas été engagées dans le délai de trois ans fixé par la loi anglaise. Le tribunal autorisa par la suite les plaignants, à leur requête (ex parte), à présenter l'acte introductif hors délai tant dans ces cinq cas que pour deux cent soixante et une réclamations de parents ou tuteurs d'autres enfants mal formés. Cent vingt-trois demandes de plus avaient été adressées par lettre à la Distillers, mais les parties s'entendirent pour se passer de procès. Ainsi, trois cent quatre-vingt-neuf demandes contre la Distillers se trouvaient pendantes en 1971. Aucune initiative nouvelle ne fut prise dans les actions dûment introduites, sauf le dépôt du résumé des griefs dans un cas et de conclusions de la défense en 1969. La Distillers avait annoncé en février 1968 qu'elle libérerait une somme considérable au profit des trois cent quatre-vingt-neuf plaignants qui restaient et des deux côtés on désirait arriver à un règlement extrajudiciaire: l'affaire soulevait des questions juridiques très délicates en droit anglais; si l'une quelconque des actions avait atteint le stade des plaidoiries son examen eût incombé à un juge professionnel siégeant sans jury.

En 1971, des négociations s'ouvrirent sur une proposition de la Distillers visant à établir un fonds de secours en faveur de tous les enfants infirmes non couverts par l'arrangement de 1968. Elle était subordonnée à l'acceptation de l'ensemble des parents; or cinq refusèrent, l'un au moins parce que les paiements auraient dépendu des besoins. En avril 1972, la Court of Appeal repoussa une requête émanant des parents qui auraient accepté et tendant à substituer à ces cinq personnes l'Official Solicitor en qualité de curateur ad litem (next friend). Lors de négociations ultérieures on remplaça la condition primitive par l'exigence du consentement d'une "large majorité" des parents. En septembre 1972, on avait élaboré un accord créant un fonds de 3.250.000 £; on comptait le soumettre à homologation judiciaire en octobre.

**11.** Depuis 1967, des articles sur les enfants victimes de malformations paraissaient régulièrement dans le Sunday Times qui en 1968 avait hasardé quelques critiques sur le règlement adopté cette année-là. De leur côté, d'autres journaux et la télévision avaient consacré des commentaires au sort de ces enfants. En particulier, le Daily Mail publia en décembre 1971 un article qui déclencha des plaintes de parents alléguant qu'il risquait de nuire aux négociations en cours; l'Attorney-General mit ce quotidien en garde par une lettre officielle le menaçant de sanctions pour contempt of court (littéralement "mépris de la cour"), mais il n'y eut pas de poursuites. Le 24 septembre 1972 figura dans le Sunday Times un article intitulé "Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame" (Nos enfants victimes de la thalidomide: une honte pour le pays); il examinait les propositions d'arrangement alors à l'étude, les estimait "dérisoires en comparaison du préjudice subi", critiquait différents aspects du droit anglais sur l'octroi et le calcul des indemnités pour dommage corporel, déplorait le délai écoulé depuis les naissances et invitait la Distillers à présenter une offre plus généreuse. Il renfermait le passage suivant:

"(...) les enfants de la thalidomide font honte à la Distillers. (...) S'en tenir à la lettre de la loi est parfois aussi critiquable qu'empiéter sur les droits d'autrui. Le chiffre retenu par le projet de règlement s'élève à 3,25 millions de livres, répartis sur dix ans. Il n'a rien de mirobolant si on le rapproche des bénéfices avant impôt de l'an dernier, soit 64,8 millions, et de la valeur comptable nette de la société, 421 millions. Sans nullement se reconnaître coupable de négligence, la Distillers pourrait et devrait réfléchir à nouveau."

Une note en bas de page annonçait qu'"un autre article du Sunday Times retracera(it) l'historique de la tragédie". Le 17 novembre 1972, la Divisional Court de la Queen's Bench Division rendit, à la demande de l'Attorney-General, une ordonnance interdisant de publier ce nouvel article, au motif qu'il constituerait un contempt of court (pour un résumé du projet d'article et des précisions sur la procédure engagée pour contempt, voir les paragraphes 17 à 35 ci-dessous).

**12.** Si l'article envisagé ne parut donc pas, le Sunday Times diffusa tout au long du mois d'octobre des informations sur les "enfants de la thalidomide" et le droit de la réparation des dommages corporels. Public, presse et télévision réagirent aussi intensément. Quelques émissions de radio et de télévision furent annulées après des avertissements officiels relatifs au contemp, mais seule donna lieu à des poursuites une émission télévisée du 8 octobre 1972 concernant le sort des enfants. D'après l'Attorney-General, elle cherchait à inciter la Distillers, par des pressions, à payer davantage. Le 24 novembre 1972, la Divisional Court conclut à l'absence de contemp: on n'avait pas établi que la société de télévision eût voulu peser sur les instances en cours et dans les circonstances de la cause une diffusion unique de l'émission ne créait pas "un risque grave" d'ingérence dans le fonctionnement de la justice (Attorney-General v. London Weekend Television Ltd). Le tribunal distingua l'affaire de celle du projet d'article du Sunday Times: dans la seconde, le rédacteur en chef n'avait pas caché qu'il s'efforçait de pousser la Distillers à de plus amples versements.

**13.** A la Chambre des Communes, le Speaker avait plusieurs fois refusé d'autoriser un débat ou des questions sur les problèmes soulevés par le drame de la thalidomide. Le 29 novembre 1972, la Chambre en discuta cependant longuement; elle se trouvait saisie d'une motion qui, entre autres, invitait la Distillers à assumer ses responsabilités morales et préconisait des mesures législatives immédiates pour établir un fonds en faveur des enfants mal formés. Peu auparavant, la Distillers avait porté de 3.250.000 à 5.000.000 £ la dotation du fonds envisagé par elle. Le débat fut en grande partie consacré au point de savoir si des mesures législatives immédiates soustrairaient ou non aux pressions la Distillers et/ou les parents, ainsi qu'à un examen tant des prestations sociales aux enfants et aux handicapés en général que des systèmes officiels de contrôle des médicament nouveaux. On rendit hommage à la campagne du Sunday Times et on adressa diverses critiques à la loi et aux juristes. On ne parla pas de la responsabilité juridique - et non morale - de la Distillers, mais on signala des faits, décrits comme les prodromes du danger, auxquels on n'avait guère prêté attention et le défaut de recours général à des tests sur les foetus lors du lancement de la thalidomide sur le marché. Des indications semblables figuraient dans le projet d'article du Sunday Times. A l'issue de la discussion, la Chambre, "préoccupée par le sort des 'enfants de la thalidomide' et par le retard mis à parvenir à un règlement", se félicita des initiatives prises par le Gouvernement pour améliorer l'aide aux handicapés et salua son engagement de se pencher sur les cas de détresse particulière et d'"étudier, dès que les affaires ne ser(aient) plus entre les mains de la justice, la nécessité d'instituer un fonds de secours pour les enfants de la thalidomide".

**14.** Le débat au parlement fut suivi d'une nouvelle vague de publications et une campagne d'envergure nationale se déroula dans la presse et le public pour inciter la Distillers à présenter une offre plus généreuse. Elle



comportait la menace de boycotter les autres produits de la société, dont bien des actionnaires insistaient ouvertement pour un arrangement rapide et satisfaisant. Deux articles parus dans le Daily Mail les 8 et 9 décembre 1972 mentionnaient notamment beaucoup des mêmes résultats d'expériences et de recherches que l'article prohibé du Sunday Times.

Vers cette époque, un certain nombre d'articles de presse contestèrent la responsabilité juridique de la Distillers, mais il n'y eut pas de poursuites pour contempt. Malgré des demandes réitérées, aucune enquête publique n'eut lieu sur les causes de la tragédie; le ministre compétent la refusa définitivement dans l'été de 1976.

Le projet de règlement échoua devant les critiques publiques; en décembre 1972 et janvier 1973, la Distillers formula de nouvelles propositions, dont celle d'élever à 20.000.000 £ la dotation du fonds. Les négociations continuèrent. Dans l'intervalle, l'interdiction prononcée par la Divisional Court fut levée le 16 février 1973 par la Court of Appeal sur recours de Times Newspapers Ltd, puis rétablie le 24 août 1973 sous une forme modifiée après que la Chambre des Lords eut accueilli, le 18 juillet, un recours ultérieur de l'Attorney-General (paragraphe 24 à 34 ci-dessous).

**15.** Le 30 juillet 1973, un juge de la Queen's Bench Division approuva pour la grande majorité des cas les termes d'une transaction après s'être assuré qu'ils servaient les intérêts véritables des mineurs concernés. D'après l'arrangement,

a) chaque plaignant recevrait, à condition de se désister, 40% de la somme qu'il aurait touchée s'il avait obtenu gain de cause et

b) un fonds de secours serait créé pour les enfants atteints de malformations, y inclus ceux que couvrait l'accord de 1968.

La Distillers persistait à nier toute négligence de sa part ou de celle de ses conseillers; comme certains parents n'acceptaient pas le projet de règlement, la justice demeura saisie du problème.

**16.** L'injonction adressée à Times Newspapers Ltd fut levée le 23 juin 1976 à la demande de l'Attorney-General (paragraphe 35 ci-dessous). Quatre jours plus tard paraissait l'article litigieux. Il différait du texte initial à plusieurs égards, par exemple en omettant des passages qui s'appuyaient sur des renseignements confidentiels recueillis par les conseils des parents pendant le procès de la thalidomide. Une ordonnance complémentaire du 31 juillet 1974 avait défendu de divulguer ces renseignements; les requérants ne l'ont pas attaquée devant la Commission.

Au 23 juin 1976 restaient quatre actions de parents contre la Distillers: dans l'une, la procédure écrite était close mais on n'avait rien fait depuis 1974; deux autres n'avaient donné lieu qu'au dépôt d'un résumé des griefs, la quatrième qu'à celui de l'exploit d'assignation. En outre, un procès soulevant lui aussi la question de la négligence se trouvait encore en instance entre la Distillers et ses assureurs: les seconds contestaient leur obligation de financer l'arrangement de 1973 au motif, notamment, que la première n'avait pas mené à bien assez d'expériences et de recherches. La cause figurait au rôle de l'audience du 4 octobre 1976, mais un règlement amiable intervint le 24 septembre.

### Résumé du projet d'article

**17.** L'article non publié qui fit l'objet de l'interdiction commençait par suggérer que le mode de commercialisation de la thalidomide en Grande-Bretagne laissait beaucoup à désirer. Il affirmait que la Distillers

"- se fiait largement aux tests allemands et n'avait pas procédé de son côté à des essais complets avant de lancer le médicament;  
- n'a[vait] pas découvert, en consultant la littérature médicale et scientifique, qu'un médicament voisin de la thalidomide pouvait produire des monstres;  
- avant de lancer le médicament, ne l'a[vait] pas expérimenté sur des animaux pour en déterminer les effets sur le fœtus;  
- en a[vait] accéléré le lancement pour des raisons commerciales. Elle a[vait] passé outre à l'avertissement d'un membre de son propre personnel, d'après lequel la thalidomide était nettement plus dangereuse qu'on ne l'avait supposé;  
- n'a[vait] pas changé d'attitude quand on s'aperçut que la thalidomide pouvait léser le système nerveux, ce qui en soi révélait le risque d'une atteinte au fœtus;  
- a[vait] continué à vanter le médicament, jusqu'à un mois avant son retrait du marché, comme sans danger pour les femmes enceintes."

Le corps de l'article décrivait comment la Distillers, après des débuts apparemment décevants dans le domaine pharmaceutique, apprit en 1956 que la société allemande Chemie Gruenthal avait mis au point un sédatif estimé inoffensif et unique, la thalidomide. Le très vaste marché existant à l'époque pour les sédatifs arrivait à saturation et la Distillers jugea nécessaire d'agir vite. Quand elle résolut de commercialiser le médicament, elle ne disposait pas de renseignements techniques, sauf le compte rendu d'un colloque tenu en Allemagne, et n'avait pas recouru elle-même à des tests; elle semblait croire que la thalidomide n'exigerait pas d'essais approfondis. Elle s'était livrée à une étude de la littérature scientifique, mais n'avait pas découvert les conclusions de recherches menées en 1950 par un certain Dr Thiersch et d'où il ressortait qu'un produit chimique proche de la thalidomide pouvait provoquer la naissance de monstres; les opinions divergeaient sur le point de savoir si l'on aurait dû trouver ses travaux.

Les ventes de thalidomide commencèrent en Allemagne en octobre 1957; la Distillers s'était engagée par le contrat de licence à la commercialiser à partir d'avril 1958. Elle élaborait le programme de lancement du

médicament alors pourtant que les examens cliniques traînaient en longueur. En janvier 1958 parurent les résultats des premières expériences britanniques: ils relevaient que la thalidomide arrêta le fonctionnement de la thyroïde et que l'on ignorait son mode d'action; le chercheur soulignait qu'il fallait des tests supplémentaires. La Distillers ne s'appuya pas sur cet avis mais sur des preuves "peu convaincantes": d'autres essais pratiqués au Royaume-Uni et des assurances concernant les résultats de recherches en Allemagne. L'avertissement relatif aux effets antithyroïdiens était particulièrement pertinent car on savait que les médicaments affectant la thyroïde pouvaient affecter les enfants en gestation; il était raisonnable d'affirmer que la Distillers aurait dû attendre de nouveaux tests pour lancer la thalidomide.

Le 14 avril 1958, poursuivait l'article, cette dernière fut mise en vente en Grande-Bretagne et annoncée comme "totalement sans danger". A la fin de 1959, le pharmacologue de la Distillers s'aperçut que sous sa forme liquide elle était fortement toxique et qu'une dose excessive pouvait causer la mort, mais on ne publia jamais son rapport et le produit liquide se vendit à partir de juillet 1961. En décembre 1960, il s'avéra que des patients ayant absorbé des tablettes de thalidomide - forme sous laquelle on la distribuait à l'origine - présentaient des symptômes de névrite périphérique; la nouvelle entraîna la suspension d'une demande de commercialisation du médicament aux États-Unis d'Amérique où, en fait, il ne se vendit jamais. D'autres cas de névrite périphérique furent signalés en 1961; la Distillers continua néanmoins à vanter l'innocuité du produit.

Au début de 1961 naquirent au Royaume-Uni des enfants atteints de malformations, mais rien à l'époque ne laissait penser à un lien avec la thalidomide. Toutefois, entre mai et octobre un médecin d'Australie découvrit la caractéristique commune à un certain nombre de naissances de monstres: les mères avaient pris de la thalidomide pendant leur grossesse. Le 24 novembre, on en avisa la Chemie Gruenthal qui, deux jours plus tard, retira le médicament à la suite des révélations d'un journal. La Distillers arrêta aussitôt après la vente de la thalidomide au public. Des tests sur des animaux, dont les résultats furent divulgués en avril 1962, confirmèrent que la thalidomide provoquait des malformations; les ventes aux hôpitaux ne cessèrent pourtant qu'en décembre 1962.

Le projet d'article concluait ainsi:

"Il incombait donc carrément à la [Distillers] de s'assurer de l'innocuité de la thalidomide. Comment s'est-elle acquittée de cette lourde responsabilité? On peut soutenir:

1. qu'elle aurait dû se procurer tous les ouvrages scientifiques sur les médicaments apparentés à la thalidomide. Elle ne l'a pas fait.
2. qu'elle aurait dû lire les travaux consacrés par Thiersch aux répercussions de substances voisines de la thalidomide sur le système nerveux, suspecter l'action éventuelle sur les enfants à naître et, partant, rechercher les effets tératogènes par des essais sur l'animal. Elle ne l'a pas fait.

3. qu'elle aurait dû pratiquer d'autres tests quand elle a découvert que le médicament inhibait la thyroïde et présentait une toxicité insoupçonnée. Elle ne l'a pas fait.

4. qu'avant de vanter l'innocuité du produit pour les femmes enceintes elle aurait dû en avoir la preuve. Elle ne l'avait pas.

En faveur de la [Distillers], on pourrait plaider qu'elle croyait sincèrement la thalidomide non toxique au moment où elle l'a lancée sur le marché britannique; que la névrite périphérique n'est apparue comme effet secondaire qu'après deux ans de vente du médicament en Grande-Bretagne; que la recherche d'effets tératogènes n'était pas de pratique courante en 1958; que si l'on avait procédé à des tests sur les animaux de laboratoire habituels, on n'aurait rien constaté car seul le lapin blanc de Nouvelle-Zélande subit les effets de la thalidomide à l'instar de l'homme; enfin, que l'unique compte rendu clinique relatif à l'absorption de thalidomide par des femmes enceintes n'indiquait aucune conséquence grave (le médicament n'étant dangereux que pendant les douze premières semaines de grossesse).

(...)

Il ne semble pas y avoir de réponses nettes (...)."

## Droit anglais

**18.** D'après le rapport du comité sur le contempt of court (le "rapport Phillimore", paragraphe 36 ci-dessous), le droit anglais en la matière est "un moyen permettant aux tribunaux d'intervenir pour empêcher ou réprimer un comportement de nature à entraver l'administration de la justice, lui nuire ou la déjouer dans une affaire donnée ou de manière générale"; il a pour but de protéger non la dignité des juges, mais "l'administration de la justice et la prééminence fondamentale du droit". Le contempt of court constitue, sauf exceptions, une infraction punissable d'un emprisonnement ou d'une amende, sans limite de durée ni de montant, ou de l'obligation de verser un cautionnement comme garantie de bonne conduite; la peine peut être prononcée à l'issue d'une procédure sommaire menée sans jury et la publication de faits ou opinions s'analysant en un acte délictueux de contempt peut aussi être prohibée selon une procédure analogue. Dans une certaine mesure, le contempt of court couvre le même domaine que diverses infractions ordinaires contre l'administration de la justice, tel le détournement du cours de cette dernière (perversion of the course of justice). Il est une création de la common law et concerne bien des formes de comportement. Dans sa déclaration à la Chambre des Lords en l'affaire Sunday Times, Lord Diplock a noté:

"S'il existe une multitude de décisions empiriques sur des cas particuliers de conduite considérée comme un contempt of court, il manque une explication ou analyse rationnelles d'une notion générale du contempt of court, commune aux espèces dans lesquelles il a été constaté."

Le rapport Phillimore distingue plusieurs catégories de contempt of court:

a) "contempt in the face of the court" (littéralement "mépris à la face de la cour"), par exemple lancement de projectiles sur le juge, insultes ou manifestations dans le prétoire ;

b) "contempt out of court" (littéralement "mépris à l'extérieur de la cour"), subdivisé entre

(i) représailles contre des témoins après la clôture de l'instance;

(ii) "outrage à la cour" consistant par exemple à bafouer un juge en tant que juge, à contester son impartialité ou son intégrité, etc.;

(iii) désobéissance aux ordonnances des tribunaux;

(iv) conduite, intentionnelle ou non, propre à entraîner une ingérence dans le cours de la justice à l'occasion d'un procès déterminé.

La présente affaire concerne cette dernière catégorie qui englobe les contempts revêtant la forme de publications, comptes rendus ou commentaires consacrés à des litiges en instance. Le rapport Phillimore relève l'absence d'une définition claire du type de déclaration, critique ou commentaire qui passerait pour un contempt. Il ajoute que jusqu'au moment où la Chambre des Lords "a énoncé un critère sensiblement différent" dans l'affaire Sunday Times, les critères du contempt reposaient tous, pour les publications, sur l'idée d'atteinte au processus judiciaire ou d'immixtion abusive dans ce dernier; le mal que le droit du contempt vise et a toujours visé à éliminer est le risque d'un dommage causé à la bonne administration de la justice.

Une publication paraît pouvoir constituer un contempt of court non seulement si elle a lieu après l'introduction d'une instance, mais aussi quand un procès est "imminent".

**19.** L'Attorney-General a le droit - non l'obligation - de saisir le tribunal de tout fait qui, à ses yeux, peut s'analyser en contempt et appelle pareille saisine dans l'intérêt public. Hormis dans certains cas, les particuliers peuvent également intenter une action pour contempt.

**20.** Il convient de remarquer, à ce propos, qu'une résolution de la Chambre des Communes interdit d'aborder dans les débats des questions pendantes devant un juge. Sauf exceptions il ne faut jamais parler, en termes préjudiciables ou non, d'un litige civil une fois qu'il se trouve en état ou porté d'une autre manière devant le tribunal; auparavant (ou après dans les hypothèses exceptionnelles), on peut traiter de tels problèmes à moins que le Speaker n'aperçoive un danger réel et important de nuire à la marche du procès. C'est en vertu de cette résolution que la Chambre tint son débat du 29 novembre 1972 (paragraphe 13 ci-dessus) dont le compte rendu fut publié.

## Les instances pour contempt devant les juridictions internes

### a) Introduction

**21.** La Distillers adressa à l'Attorney-General une plainte officielle d'après laquelle l'article inséré dans le Sunday Times le 24 septembre 1972 revêtait le caractère d'un contempt of court puisque l'affaire demeurerait soumise à la justice. Le 27 septembre, en l'absence de l'Attorney-General, le Solicitor-General écrivit au rédacteur en chef du Sunday Times pour l'inviter à présenter ses observations. Dans sa réponse, le rédacteur en chef justifia l'article; il communiqua en outre le texte du projet d'article en affirmant l'entière exactitude des faits. Le Solicitor-General demanda si l'une ou l'autre des parties au litige avaient vu le projet. Là-dessus, le Sunday Times en envoya une copie à la Distillers le 10 octobre. On l'avait avisé la veille que l'Attorney-General avait décidé de ne pas intervenir quant aux articles déjà parus en septembre et octobre; la Distillers adoptait la même attitude. Le 11 octobre, l'Attorney-General's Office informa le Sunday Times qu'à la suite de démarches de la Distillers, l'Attorney-General avait résolu de saisir la High Court afin qu'elle statuât sur la légalité de la publication de l'article envisagé. Le lendemain, il déposa un acte introductif d'instance contre Times Newspapers Ltd; il pria la cour "d'interdire au défendeur (...), lui-même, par ses employés ou mandataires ou d'une autre manière, de publier un projet d'article - ou d'en provoquer ou autoriser la publication ou l'impression - traitant, entre autres, de la mise au point, distribution et utilisation du médicament 'thalidomide', projet dont le défendeur avait fourni un exemplaire à l'Attorney-General".

### b) Décision de la Divisional Court

**22.** La demande de l'Attorney-General fut examinée du 7 au 9 novembre 1972 par trois juges de la Queen's Bench Division qui y fit droit le 17. La cour souligna dans sa décision:

"l'article ne prétend pas exprimer d'opinion sur la responsabilité juridique de la Distillers (...), mais (...) critique celle-ci à beaucoup d'égards et l'accuse de négligence pour ne pas avoir testé le produit ni réagi assez vite aux indices alarmants que fournissaient les essais réalisés par d'autres. A la lecture de l'article, nul ne saurait (...) manquer d'en retirer l'impression que la thèse de la négligence de la société était solide."

Le rédacteur en chef du Sunday Times avait annoncé que l'exception de vérité serait invoquée dans toute action en diffamation consécutive à la publication de l'article; la cour examina ce dernier en partant de l'idée qu'il reflétait fidèlement les faits.

**23.** Le raisonnement figurant dans l'arrêt peut se résumer ainsi. L'objection qu'appelaient des commentaires unilatéraux antérieurs à la

clôture de l'instance, c'était qu'ils pouvaient empêcher une bonne et impartiale administration de la justice en influençant et prévenant le tribunal lui-même dans un sens ou un autre, en influençant les témoins à citer ou en pesant sur la liberté de choix et de conduite d'une partie au litige. En l'espèce entrainé en ligne de compte cette troisième forme de préjudice. Il y avait contempt of court si une partie subissait des pressions de nature à l'exposer à un danger réel de ne pas obtenir justice parce que sa liberté d'action serait entravée. Le critère du contempt consistait à savoir si, à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, les mots incriminés créaient un risque sérieux d'ingérence dans le cours de la justice, quelle que fût l'intention de l'auteur ou l'exactitude de l'écrit.

La cour n'avait pas, comme l'avait soutenu le défendeur, à mettre en balance deux intérêts concurrents, l'administration de la justice et le droit du public à être informé: jusqu'à l'issue d'un procès, il fallait exclure des commentaires créant un risque sérieux d'immixtion dans ce dernier. Même s'il n'en était pas ainsi, du reste, aucun intérêt public à une divulgation immédiate ne pouvait prévaloir en l'occurrence sur celui qui s'attachait à l'absence de toute pression sur les parties.

En l'espèce, il n'y avait aucune différence entre un effort de persuasion visant une obligation juridique et un effort de persuasion visant une obligation morale. Le Sunday Times voulait sans nul doute pousser l'opinion publique à exercer une pression sur la Distillers afin que celle-ci présentât une offre plus généreuse qu'elle ne l'eût peut-être fait sans cela. Il s'agissait d'une tentative délibérée d'influer sur le règlement amiable d'une affaire en cours; eu égard à la puissance de l'opinion publique, la parution de l'article entraînerait un risque sérieux d'atteinte à la liberté d'action de la Distillers dans le procès et constituerait un contempt manifeste.

### **c) Décision de la Court of Appeal**

**24.** Un recours de Times Newspapers Ltd contre la décision de la Divisional Court fut examiné du 30 janvier au 2 février 1973 par la Court of Appeal. Elle se trouvait saisie d'une déclaration écrite sous serment (affidavit) du rédacteur en chef du Sunday Times, retraçant l'évolution intervenue entre-temps dans l'affaire comme dans la discussion publique de celle-ci. Avec l'autorisation de la cour, le conseil de la Distillers plaida sur le contenu du projet d'article, signalant les erreurs qu'il renfermait selon lui. Le 16 février, la Court of Appeal leva l'injonction. Un résumé des opinions lues par ses trois membres figure ci-après.

#### **25.** Pour Lord Denning, le projet d'article

"(...) analys[ait] en détail les éléments de preuve jouant contre la Distillers. Il énumér[ait] avec vigueur les raisons d'affirmer qu'elle n'a[vait] pas été à la hauteur

de ses responsabilités. Toutefois, l'honnêteté oblige[ait] à le préciser, il récapitul[ait] aussi les arguments pouvant être invoqués en faveur de la Distillers."

Après avoir noté que la cour ne disposait d'aucun affidavit de la Distillers concernant l'effet du projet d'article sur cette société et ne savait pas grand-chose de l'état du litige et des négociations, Lord Denning dit le droit en ces termes:

"(...) quand une instance est en cours et se déroule activement (...), nul ne doit la commenter d'une manière propre à créer un danger réel et grave d'atteinte à l'équité du procès, par exemple en influençant le juge, les jurés ou les témoins, voire en prévenant l'humanité en général contre une partie en cause (...). Même si l'auteur des commentaires les croit sincèrement exacts, il commet un contempt of court s'il préjuge de la vérité avant que le tribunal l'ait établie (...). [De plus,] nul ne doit (...) faire subir à l'une des parties des pressions déloyales (...) pour la forcer à se désister, ou à renoncer à se défendre, ou à consentir à un règlement sur une base qu'elle n'aurait pas acceptée autrement."

Il ne fallait pas, poursuivait Lord Denning, tolérer un "procès dans la presse" ("trial by newspaper"). Toutefois, il y avait lieu de mettre en balance l'intérêt du public pour un sujet de préoccupation nationale avec l'intérêt des parties à l'équité du procès ou du règlement; en l'espèce, l'intérêt public à une discussion pesait plus lourd que le risque de léser une partie. Le droit n'empêchait pas les commentaires quand une affaire "sommeillait" (was dormant) et ne se déroulait pas activement. En outre, comme il n'empêchait pas les commentaires sur une affaire close ou non encore commencée, rien n'empêchait de commenter les soixante-deux cas réglés en 1968 ni les cent vingt-trois cas dans lesquels aucun exploit d'assignation n'avait été déposé. Même en septembre 1972, le projet d'article n'aurait pas constitué un contempt: il commentait de bonne foi une question d'intérêt public; il ne nuisait pas à une instance en cours puisqu'elle "sommeillait" depuis des années et "sommeillait" encore; la pression qu'il entendait exercer était légitime. Au surplus, ce serait une discrimination de la pire espèce que de maintenir une interdiction frappant le seul Sunday Times quand le parlement et d'autres journaux avaient discuté du problème depuis novembre 1972.

**26.** Lord Justice Phillimore souligna que chacun pouvait commenter librement les affaires réglées ou n'ayant pas donné lieu au dépôt d'un exploit d'assignation. Une pression déloyale visant à un règlement pouvait s'analyser en contempt of court, mais en l'espèce il n'y avait pas d'affidavit de la Distillers, ni de preuve que le projet d'article risquât sérieusement de contraindre celle-ci à un règlement plus généreux ou que la pression fût déloyale. La situation eût été différente s'il avait existé une volonté réelle de porter les affaires restantes en justice: dans ce cas, on n'aurait pu autoriser un article destiné à prévenir le public contre une partie ou à exercer sur elle une pression afin qu'elle souscrivît à un règlement. En outre, depuis novembre 1972 la Chambre des Communes



avait débattu le problème et d'autres journaux, surtout le Daily Mail, l'avaient commenté; le maintien de l'injonction eût donc été chimérique.

**27.** Après avoir marqué son accord avec Lord Denning, Lord Justice Scarman fit observer que personne ne s'attendait à des audiences; les assignations constituaient une démarche en vue d'un règlement et le simple dépôt de pareil acte ne pouvait étouffer tout commentaire. Rien ne révélant un procès en marche, on manquait de réalisme en considérant le projet d'article comme une atteinte véritable ou grave au cours de la justice. Il fallait de surcroît prendre en compte l'intérêt public à la liberté d'expression sur un sujet de grande importance publique. Enfin, même si la Divisional Court avait eu raison l'état de l'opinion après le débat de la Chambre des Communes était tel qu'il convenait à présent de lever l'interdiction.

#### **d) Décision de la Chambre des Lords**

**28.** À la suite de la décision de la Court of Appeal, le Sunday Times s'abstint de publier le projet d'article pour permettre un recours de l'Attorney-General. Celui-ci se vit refuser par la Court of Appeal l'autorisation d'en exercer un, mais la Chambre des Lords la lui octroya le 1er mars 1973. Les audiences se déroulèrent devant elle en mai 1973. Le 18 juillet 1973, elle rendit à l'unanimité un arrêt accueillant le recours; elle ordonna ultérieurement à la Divisional Court de prononcer l'injonction reproduite au paragraphe 34 ci-dessous. Un résumé des déclarations des cinq Law Lords figure ci-après.

**29.** Pour Lord Reid, la Chambre devait essayer de dissiper l'incertitude du droit en vigueur, principal reproche formulé contre ce dernier. Le droit du contempt devait se fonder en entier sur l'ordre public: il n'avait pas pour but de protéger les droits des parties à un litige, mais d'empêcher des ingérences dans l'administration de la justice, et il fallait le limiter à ce qui était raisonnablement nécessaire à cette fin. On ne devait pas restreindre la liberté d'expression outre mesure, mais on ne pouvait la tolérer lorsqu'elle porterait un préjudice réel à l'administration de la justice.

Lord Reid traita d'abord des commentaires relatifs à une instance pendante et propres à exposer l'une des parties à des pressions. Il fallait empêcher des commentaires de nature à peser sur les témoins et le tribunal, sans quoi le procès risquait bien de ne pas être équitable; en revanche, le fait qu'une partie ne cherchât pas à se prévaloir pleinement de ses droits n'empêchait en aucune manière un procès équitable, qu'un tiers eût ou non influé sur sa décision. Quand la seule question à examiner consistait en des pressions sur un plaideur, des critiques honnêtes et modérées, ou l'incitation à renoncer à ses droits, étaient par conséquent légitimes et admissibles; ainsi, l'article du 24 septembre 1972 ne constituait pas un contempt. Publier en 1972 le projet d'article, qui renfermait "pour l'essentiel des arguments et éléments de preuve détaillés

destinés à montrer que la Distillers n'avait pas manifesté assez de vigilance", n'eût pas ajouté grand-chose aux pressions déjà exercées sur elle.

Sur cette base, Lord Reid pouvait souscrire à la décision de la Court of Appeal, bien que pour des motifs différents. Il ajouta cependant :

"On a souvent parlé du point de savoir si la Distillers avait été négligente, mais à ma connaissance on n'a pas essayé d'apprécier les éléments de preuve. Si l'article sortait maintenant, il me semble presque inévitable que des réponses détaillées paraîtraient et que divers jugements publics prématurés (public prejudgments) s'exprimeraient sur la question. Ce serait, à mon sens, très contraire à l'intérêt public."

Après avoir noté l'existence d'un fort sentiment général en faveur de l'interdiction des "procès dans la presse", Lord Reid poursuivit :

"Tout ce qui revêt le caractère de jugement prématuré d'une affaire ou de questions soulevées par elle, je l'estime répréhensible à cause non seulement de ses répercussions éventuelles sur l'affaire, mais encore de ses effets secondaires qui peuvent aller très loin. Les media responsables feront de leur mieux pour être équitables, mais des esprits mal informés, légers ou partiaux tenteront aussi d'influencer le public. Si l'on amène les gens à croire aisé de découvrir la vérité, il pourra en résulter un manque de respect pour les voies légales; si l'on permet aux media de juger, les personnes et causes impopulaires se trouveront en mauvaise posture. La jurisprudence existante en matière de contempt englobe la majorité des cas de jugement prématuré. Si l'on érigeait en règle générale qu'il n'est pas licite de préjuger de questions pendantes devant les tribunaux, je ne pense pas que la liberté de la presse en souffrirait et le droit serait, selon moi, plus clair et plus facile à appliquer en pratique."

La Court of Appeal avait eu tort d'indiquer que les actions "sommeillaient": des négociations tendant à un règlement amiable se déroulaient et une pression abusive exercée sur une partie pour la pousser à transiger pouvaient constituer un contempt. Au sujet de la mise en balance d'intérêts concurrents par la Court of Appeal, Lord Reid déclara :

"Le contempt of court n'a rien à voir avec les intérêts privés des plaideurs. J'ai déjà précisé comment il faut, d'après moi, arbitrer entre l'intérêt public à la liberté d'expression et l'intérêt public à la défense de l'administration de la justice contre toute ingérence. Je ne discerne pas pourquoi il devrait y avoir une différence de principe entre une affaire à laquelle on attribue valeur d'actualité et une autre. Que l'affaire soulève ou non d'importantes questions d'ordre général, la protection de l'administration de la justice a la même prix."

Lord Reid conclut que la publication de l'article devait être renvoyée à plus tard à la lumière des circonstances; toutefois, si les choses traînaient indéfiniment en longueur il conviendrait de réapprécier l'intérêt public dans une situation singulière.

**30.** Pour Lord Morris of Borth-y-Gest, le droit du contempt était destiné à préserver l'autorité des tribunaux et à empêcher des ingérences

injustifiées dans le recours à eux. Il fallait tenir compte de l'intérêt public à la liberté de parole et se borner aux restrictions absolument nécessaires, mais

"il n'en résulte pas que si une conduite doit être stigmatisée comme contempt of court, on puisse l'excuser et la tenir pour légitime parce qu'elle s'inspirait du désir de soulager une détresse suscitant la sympathie et la préoccupation du public: il ne saurait y avoir de contempt of court justifié."

Un tribunal ne constaterait de contempt que devant un risque sérieux, réel ou important de préjudice. Il ne suffisait pas de ne pas influencer les juges ou les témoins: il serait incongru de se livrer à un plaidoyer public en faveur de telle partie à un litige non encore tranché par la justice. Lord Morris souligna qu'il ne devait pas y avoir de "procès dans la presse"; il nota:

"(...) les tribunaux (...) doivent protéger les parties contre le préjudice découlant d'un jugement prématuré et contre la nécessité de se mêler aux remous d'une publicité antérieure aux audiences."

Les actions intentées contre la Distillers, poursuivit-il, ne "sommeillaient" point par cela seul que les parties préféraient un arrangement à un procès. Il n'y aurait pas eu d'objection, en 1972, à un commentaire sur les sommes versées en vertu du règlement de 1968 ou sur les principes généraux de droit applicables, ni à un appel moral mesuré à la Distillers, mais le projet d'article allait plus loin. Son but avoué consistait à provoquer des pressions du public sur la Distillers pour qu'elle payât davantage. La négligence figurait parmi les questions soulevées et le projet, sans avancer de conclusions, montrait qu'il existait de nombreux arguments contre la Distillers. Le moment de lever l'injonction n'était pas encore arrivé.

**31.** Pour Lord Diplock, le contempt of court était punissable parce qu'il minait la confiance des parties et du public dans la bonne administration de la justice. Celle-ci exigeait que tout citoyen eût librement accès aux tribunaux, pût escompter une décision impartiale fondée uniquement sur des faits établis en conformité avec les normes relatives à la preuve et pût s'attendre, une fois une affaire déferée à une juridiction, à ne voir personne usurper la fonction de celle-ci, par exemple au moyen d'un "procès dans la presse". Constituait un contempt of court tout comportement de nature à enfreindre l'une de ces exigences ou à saper la foi du public en leur observation. Lord Diplock déclara :

"(...) dans un litige civil, le contempt of court ne se limite pas à une conduite (...) propre à (...) nuire à l'équité du procès en influençant (...) le tribunal (...) ou les témoins; il englobe aussi une conduite vouée à dissuader les plaideurs en général de se prévaloir de leur droit constitutionnel à ce que les tribunaux se prononcent sur les droits et obligations juridiques et en assurent le respect, en attirant sur un plaideur la vindicte publique pour s'en être prévalu, ou en l'exposant à une

discussion publique et préjudiciable du fond ou des faits de sa cause avant que le tribunal ait statué sur eux ou que l'action ait trouvé une autre issue régulière."

D'après Lord Diplock, le projet d'article du Sunday Times se rangeait dans cette dernière catégorie: il examinait de manière préjudiciable les faits et arguments invoqués par la Distillers contre l'accusation de négligence, avant que les actions eussent donné lieu à décision judiciaire ou à règlement. On ne pouvait oublier ces actions sous prétexte qu'elles "sommeillaient", car des négociations aux fins de règlement méritaient la même protection que le procès même. Les événements ultérieurs ne justifiaient pas la levée de l'interdiction bien que, "on le concéd[ait]", le libellé appelât des retouches. La gravité du risque d'immixtion dans la bonne administration de la justice n'entraînait en ligne de compte que pour savoir si le juge devait infliger une peine: il y avait, pour le moins, "quasi-contempt" (technical contempt) dès lors qu'il existait un risque réel.

Le fragment de l'article du 24 septembre 1972 cité au paragraphe 11 ci-dessus constituait aussi aux yeux de Lord Diplock un contempt, mais pour une raison différente: il attirait sur la Distillers la vindicte publique parce qu'elle usait d'un moyen de défense que lui fournissait la loi. En revanche, il n'y avait rien à redire aux passages concernant des principes généraux de droit: si la discussion de pareilles questions d'ordre général avait pour effet indirect d'exposer une partie à des pressions, il fallait la supporter au nom de l'intérêt public supérieur qui s'attachait au maintien de la liberté de débattre des problèmes préoccupant l'opinion.

**32.** Lord Simon of Glaisdale marqua son accord avec Lord Diplock quant au droit et quant au fragment susmentionné de l'article de septembre. D'après lui, le projet de nouvel article examinait en détail l'une des questions décisives soulevées par les actions et avait pour but d'inciter la Distillers, par des pressions morales, à se prêter à un règlement plus généreux. Le droit du contempt of court était le moyen légal de défendre l'intérêt public à une bonne administration de la justice. La majorité des actions civiles se réglaient à l'amiable et des ingérences dans les négociations visant à un arrangement ne constituaient pas moins un contempt que des immixtions dans une phase strictement judiciaire de l'instance. La bonne marche de la justice comprenait des négociations engagées en vue d'une transaction conforme au droit en vigueur et la Court of Appeal avait eu tort de dire que l'article ne s'analyserait pas en contempt puisque le procès "sommeillait". Même une pression privée sur un plaideur était en général illicite et ne pouvait se justifier que dans d'étroites limites. Le droit devait peser deux intérêts publics, liberté d'expression et bonne administration de la justice, mais il souffrirait d'un excès d'incertitude si l'on consultait à nouveau la balance dans chaque cas. Il lui incombait de fixer quelques normes de conduite; dans un procès donné, l'intérêt public primordial pendente lite exigeait que l'instance se déroulât sans ingérence. Il y avait une exception: la discussion publique d'un problème d'intérêt général n'avait pas à s'interrompre si elle avait

débuté avant l'ouverture du procès et si elle ne cherchait pas à gêner ce dernier.

**33.** Lord Cross of Chelsea affirma que par "contempt of court" on entendait une immixtion dans l'administration de la justice. Les règles du contempt ne devaient pas entraver la liberté d'expression plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire. Le projet d'article traitait du point de savoir si la Distillers avait témoigné de négligence; or constituait en principe pareille immixtion tout "jugement prématuré" de questions de fait ou de droit posées dans des instances civiles ou pénales en cours. Et de poursuivre :

"Si elle juge prématurément d'une question surgissant dans un procès, une publication assez inoffensive en elle-même peut provoquer des réponses qui, elles, sont loin de l'être, mais que, s'agissant de réponses, il semblerait inéquitable d'interdire (...). Une règle générale - bien qu'on puisse l'estimer déraisonnable si l'on se borne à envisager le cas d'espèce - est nécessaire pour empêcher un glissement progressif vers un 'procès dans la presse ou la télévision'."

Cette règle, ajouta Lord Cross, valait pour l'issue de négociations aux fins de règlement autant que pour le résultat du procès proprement dit.

Times Newspapers Ltd avait allégué que la règle devait subir une exception pour les sujets préoccupant beaucoup le public. Cependant, seule concernait la Chambre la discussion du point de savoir si la Distillers avait témoigné de négligence et rien n'interdisait celle de problèmes plus vastes, par exemple l'étendue de la responsabilité des fabricants et l'évaluation des dommages. L'éditeur avait invoqué aussi le temps écoulé depuis les naissances et l'absence de toute enquête publique. Pourtant, le retard n'était imputable à aucune des parties et la Court of Appeal avait eu tort de parler d'actions "en sommeil" puisque des négociations se poursuivaient activement en vue d'un règlement; quant à l'absence d'enquête publique, elle ne suffisait pas pour autoriser la presse à mener sa propre enquête en cours d'instance. La situation n'avait pas changé depuis les audiences de la Divisional Court: le débat de la Chambre des Communes s'était concentré sur les aspects moraux et si la Distillers avait présenté une offre permettant d'escompter un règlement global, de sorte que la publication de l'article ne pouvait désormais lui nuire, il n'était pas sûr que nulle plainte ne se plaiderait en justice. En conséquence, il fallait rétablir l'injonction mais en réservant à Times Newspapers Ltd le droit d'en demander la levée quand il estimerait pouvoir convaincre un tribunal que son maintien ne se justifiait plus dans les circonstances du moment. L'article du 24 septembre 1972, lui, ne constituait pas un contempt: juger prématurément d'une question en était un, mais non formuler de manière honnête et exacte des commentaires pouvant exposer un plaideur à une pression, même forte.

**34.** Le 25 juillet 1973, la Chambre des Lords ordonna le renvoi de la cause à la Divisional Court en prescrivant à celle-ci d'interdire

"(à) Times Newspapers Ltd, lui-même, par ses employés ou mandataires ou d'une autre manière, de publier tout article ou document - ou d'en provoquer, autoriser ou obtenir la publication ou l'impression - qui juge prématurément des questions de la négligence, de la violation d'un contrat ou du manquement à une obligation, ou traite des éléments de preuve se rapportant à l'une de ces questions, soulevées dans toute action pendante ou imminente contre la Distillers (...) concernant la mise au point, distribution ou utilisation du médicament 'thalidomide'."

Le défendeur se voyait accorder la faculté de demander la levée de l'injonction en s'adressant à la Divisional Court.

Cette dernière se conforma le 24 août 1973 à la directive précitée.

### **e) Décision de la Divisional Court levant l'injonction**

**35.** Le 23 juin 1976, la Divisional Court examina une requête de l'Attorney-General tendant à la levée de l'injonction. On déclara au nom de l'Attorney-General que celle-ci ne correspondait plus à un besoin: la majorité des réclamations contre la Distillers avaient été réglées; il ne restait que quatre actions qui auraient pu alors se plaider en justice si on les avait exercées avec diligence. Comme il existait, d'un autre côté, un intérêt public à autoriser le Sunday Times à publier l'article "à la date la plus rapprochée possible", l'Attorney-General soumettait la question à la cour en partant de l'idée que l'intérêt public n'exigeait plus l'interdiction. La cour accueillit la requête, estimant que le risque de pressions sur la Distillers avait complètement disparu.

### **Propositions de réforme du droit du contempt of court**

**36.** Le "comité interministériel sur le droit du contempt et les commissions d'enquête" (Interdepartmental Committee on the Law of Contempt as it affects Tribunals of Inquiry), lequel déposa son rapport en 1969, avait examiné un aspect particulier de ce droit. Le 8 juin 1971, le Lord Chancellor et le Lord Advocate nommèrent une commission chargée de rechercher, sous la présidence de Lord Justice Phillimore, si le droit du contempt dans son ensemble appelait des modifications. Retardé en raison du procès du Sunday Times, le rapport Phillimore fut présenté au parlement en décembre 1974. Il examinait les décisions prononcées dans cette affaire qui lui paraissait bien illustrer l'incertitude du droit en vigueur en matière de publications relatives à des litiges judiciaires. Peut-être le droit d'éditer de telles publications devait-il parfois s'incliner devant l'intérêt public à l'administration de la justice, mais la commission estimait que la balance penchait à l'excès du côté contraire à la liberté de la presse. Elle faisait donc diverses propositions de réforme, tant pour rétablir l'équilibre que pour rendre le droit plus certain. Ainsi, elle doutait de la valeur d'un critère de "jugement prématuré", tel celui avancé au sein de la Chambre des Lords, car il lui semblait aller à la fois trop et pas assez loin; elle lui préférait le critère suivant, à employer à la lumière des

circonstances existant au moment de la publication : "la publication incriminée crée-t-elle un risque d'entrave ou atteinte graves au cours de la justice?" Un membre de la commission soulignait qu'en dépit de l'interdiction de l'article du Sunday Times, la campagne de protestations et de pressions concernant la tragédie de la thalidomide ridiculisait le droit du contempt.

La commission concluait, en particulier, à la nécessité du droit du contempt comme moyen de préserver les droits du citoyen à un système judiciaire loyal et libre et de sauvegarder l'application régulière de la loi; cependant, il ne devait jouer que là où l'acte fautif n'entraînait dans la définition d'aucune autre infraction pénale et que la réalisation des objectifs de ce droit exigeait une procédure sommaire. Le droit en vigueur comportait des incertitudes gênant et restreignant la liberté raisonnable d'expression; il fallait l'amender et le clarifier de manière à ménager toute la liberté d'expression compatible avec la réalisation desdits objectifs.

La commission recommandait notamment qu'une publication tombât sous le coup du droit du contempt si elle créait, intentionnellement ou non, un risque de préjudice grave; cette stricte responsabilité ne vaudrait cependant que

- a) si la publication créait un risque d'entrave ou atteinte graves au cours de la justice ;
- b) si, dans le cas d'un litige civil en Angleterre ou au Pays de Galles, l'affaire se trouvait en état (had been set down for trial) ;
- c) sous réserve de l'existence d'un moyen de défense selon lequel la publication contribuait à la discussion de problèmes de grand intérêt public et ne créait qu'incidemment ou involontairement un risque de nuire gravement à une instance donnée.

La commission recommandait également de ne pas considérer comme contempt le fait d'exposer une partie en cause à une influence ou pression, sauf manœuvres d'intimidation ou menaces illicites contre sa personne, ses biens ou sa réputation.

**37.** Les recommandations du rapport Phillimore n'ont pas encore eu de suites et le gouvernement n'a pas présenté de projet de loi. Toutefois, il a fait paraître en mars 1978 un Livre vert destiné à fournir au parlement et à l'opinion une base de discussion; il a sollicité des commentaires à prendre en considération pour arrêter une politique. Le Livre vert ne formule pas de conclusions; il reproduit les recommandations de la commission Phillimore et énumère les arguments pour et contre certaines d'entre elles, par exemple celles qui ont trait au moyen de défense concernant les "problèmes de grand intérêt public" et à l'exercice d'une influence ou pression sur une partie. Il ne met pas en cause la suggestion

tendant à un réexamen du critère du "jugement prématuré", mentionné au sein de la Chambre des Lords.

## PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

**38.** Dans leur requête du 19 janvier 1974 à la Commission, les requérants alléguaient que l'interdiction, prononcée par la High Court et confirmée par la Chambre des Lords, de publier dans le Sunday Times un article relatif aux "enfants de la thalidomide" et au règlement de leurs demandes d'indemnité au Royaume-Uni, enfreignait l'article 10 (art. 10) de la Convention. Ils avançaient en outre que les principes sur lesquels se fondait la décision de la Chambre des Lords violaient le même article (art. 10); ils invitaient la Commission à ordonner ou, pour le moins, demander au Gouvernement de faire adopter une législation annulant cette décision et assurant la concordance du droit du contempt of court avec la Convention.

**39.** Le 21 mars 1975, la Commission a déclaré recevable et retenu la requête après avoir décrit la question pendante devant elle comme "celle de savoir si les règles du contempt of court, telles que la Chambre des Lords les a appliquées dans sa décision accueillant la demande d'injonction, constituent un motif justifiant la restriction sous l'angle de l'article 10 par. 2 (art. 10-2)".

**40.** En présentant leur thèse sur le fond, les requérants ont invoqué les griefs supplémentaires suivants :

- il y aurait eu discrimination contraire à l'article 14 (art. 14) de la Convention en ce que des articles de presse analogues n'auraient pas rencontré d'obstacle et en ce que les règles appliquées au parlement pour les commentaires sur les procès en cours différeraient de celles observées pour la presse en matière de contempt of court ;

- en dépit de l'article 18 (art. 18) de la Convention, les principes du contempt of court, qui devraient se limiter à sauvegarder l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, auraient servi en l'espèce à protéger un plaideur, et ce de manière à empêcher les requérants de s'acquitter de leur tâche de journalistes.

**41.** Dans son rapport du 18 mai 1977, la Commission, après avoir décidé qu'elle peut et doit étudier ces griefs supplémentaires, formule l'avis:

- par huit voix contre cinq, que la restriction imposée au droit des requérants à la liberté d'expression a enfreint l'article 10 (art. 10) de la Convention ;

- à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation des articles 14 et 18 combinés avec l'article 10 (art. 14+10, art. 18+10).



Le rapport renferme une opinion dissidente commune à cinq membres de la Commission.

## EN DROIT

### I. SUR L'ARTICLE 10 (art. 10)

**42.** Les requérants se prétendent victimes d'une violation de l'article 10 (art. 10) de la Convention, ainsi libellé :

"1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article (art. 10) n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."

Le manquement découlerait d'une part de l'ordre donné aux requérants par les juridictions anglaises, d'autre part des restrictions continues qu'ils subiraient en raison de la généralité excessive et de l'imprécision du droit du contempt of court.

Dans son rapport, la Commission conclut à l'existence d'une violation sur le premier point. A propos du second, le délégué principal a soutenu en outre, à l'audience du 24 avril 1978, que l'ordre incriminé ne forme pas le seul objet de l'examen incombant à la Cour sur le terrain de l'article 10 (art. 10): malgré l'arrêt de la Chambre des Lords, ou plutôt à cause de son ambiguïté, les requérants et d'autres media seraient en permanence victimes de l'incertitude du droit du contempt of court.

Le Gouvernement, lui, plaide l'absence d'infraction à l'article 10 (art. 10).

**43.** Quant au second point, la Cour rappelle que "sa compétence contentieuse se limite à des requêtes adressées d'abord à la Commission et retenues par celle-ci": "Une décision de recevabilité rendue par la Commission fixe l'objet du litige déféré à la Cour. C'est seulement à l'intérieur du cadre ainsi tracé que celle-ci, une fois régulièrement saisie, peut connaître de toutes les questions de fait ou de droit surgissant en cours d'instance" (arrêt du 18 janvier 1978 en l'affaire Irlande contre Royaume-Uni, série A no 25, p. 63, par. 157). Or en l'espèce la Commission a précisé, en statuant le 21 mars 1975 sur la recevabilité de

la requête, que le problème soulevé devant elle était de savoir "si les règles du contempt of court, telles que la Chambre des Lords les a appliquées dans sa décision accueillant la demande d'injonction, constituent un motif justifiant la restriction sous l'angle de l'article 10 par. 2 (art. 10-2)". Elle n'a examiné au fond que ce même problème.

La Cour en conclut qu'il lui faut uniquement rechercher si une violation de la Convention a découlé de l'arrêt de la Chambre des Lords.

**44.** À l'origine, l'injonction litigieuse émanait de la Divisional Court et ne visait que le projet d'article du Sunday Times (paragraphe 21 ci-dessus). La Court of Appeal la leva (paragraphe 24 ci-dessus), mais la Chambre des Lords la rétablit et en étendit considérablement la portée en prescrivant à la Divisional Court d'interdire

"(à) Times Newspapers Ltd, lui-même, par ses employés ou mandataires ou d'une autre manière, de publier tout article ou document - ou d'en provoquer, autoriser ou obtenir la publication ou impression - qui juge prématurément des questions de la négligence, de la violation d'un contrat ou du manquement à une obligation, ou traite des éléments de preuve se rapportant à l'une de ces questions, soulevées dans toute action pendante ou imminente contre la Distillers (...) concernant la mise au point, distribution ou utilisation du médicament 'thalidomide'."

**45.** Il s'agissait, à coup sûr, d'une "ingérence d'autorités publiques" dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants, garantie par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1). Pareille ingérence entraîne une "violation" de l'article 10 (art. 10) si elle ne relève pas de l'une des exceptions ménagées par le paragraphe 2 (art. 10-2) (arrêt Handyside du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 21, par. 43). Il y a donc lieu de vérifier successivement si l'ingérence incriminée était "prévues par la loi", inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et "nécessaire, dans une société démocratique", pour atteindre ce ou ces buts.

#### **A. L'ingérence était-elle "prévues par la loi" ?**

**46.** Les requérants plaident notamment que le droit du contempt of court, avant comme après la décision de la Chambre des Lords, était si vague et incertain, et les principes énoncés dans cette décision si novateurs, que la restriction imposée ne saurait passer pour "prévues par la loi". Le Gouvernement estime suffisant à cet égard qu'elle ait été conforme à la "loi"; en ordre subsidiaire, il soutient que dans les circonstances de la cause elle était "prévisible au moins pour l'essentiel". La Commission avait cité ce dernier critère dans son rapport bien que se bornant à y partir de l'hypothèse que les principes appliqués par la Chambre des Lords étaient "prévus par la loi". A l'audience du 25 avril 1978, son délégué principal a cependant ajouté qu'en raison des imprécisions du droit la restriction n'était pas "prévues par la loi", en tout cas en 1972, date de la première injonction.

**47.** La Cour constate que dans "prévues par la loi" le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n'attache donc pas ici d'importance au fait que le contempt of court est une création de la common law et non de la législation. On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la common law n'est pas "prévues par la loi" au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif: on priverait un État de common law, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique.

Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que les termes "prévues par la loi" exigent pareil texte dans tous les cas; il ne leur semble nécessaire que si - comme en l'espèce - les règles de la common law sont incertaines au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux, par ces termes: le principe de la sécurité juridique.

**48.** L'expression "prescribed by law" apparaît au paragraphe 2 des articles 9, 10 et 11 (art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) de la Convention, son équivalent en français étant chaque fois "prévues par la loi". Cependant, alors que la même expression française se retrouve aux articles 8 par. 2 de la Convention, 1 du Protocole no 1 et 2 du Protocole no 4 (art. 8-2, P1-1, P4-2), la version anglaise la rend respectivement par "in accordance with the law", "provided for by law" et "in accordance with law". Placée ainsi devant des textes d'un même traité normatif faisant également foi mais ne concordant pas entièrement, la Cour doit les interpréter d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet de ce traité (arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A no 7, p. 23, par. 8, et article 33 par. 4 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités).

**49.** Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par la loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.

**50.** En l'occurrence, la question de savoir si ces conditions - accessibilité, prévisibilité - se trouvaient remplies apparaît complexe car les divers Law Lords concernés ont invoqué des principes différents. La Divisional Court avait recouru à celui d'après lequel constitue un acte de contempt of court la tentative délibérée d'influer sur le règlement amiable d'un procès en suscitant des pressions du public sur une partie ("principe des pressions", paragraphe 23 ci-dessus). Certains membres de la Chambre des Lords y ont de leur côté fait allusion, mais d'autres lui ont préféré celui selon lequel s'analyse en un tel acte une publication qui juge prématurément des questions soulevées dans une procédure en instance ou est propre à pousser le public à en juger prématurément ("principe du jugement prématuré", paragraphes 29 à 33 ci-dessus).

**51.** Les requérants n'allèguent pas qu'ils ont manqué de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur le "principe des pressions". Le conseil de Times Newspapers Ltd avait du reste reconnu l'existence de ce principe en déclarant devant la Divisional Court, d'après le compte rendu de sa plaidoirie: "Même s'il exerce une pression sur une partie, l'article n'a rien du contempt car [l'intérêt public supérieur] écarte tout possibilité d'infraction. En ordre subsidiaire, s'il y a de prime abord contempt l'intérêt public supérieur excuse ce qui autrement relèverait de cette notion." De plus, au sein de la Court of Appeal Lord Justice Phillimore a parlé de "la masse de précédents (...) montrant qu'une forme grave de contempt consiste à tenter de déclencher un mouvement d'opinion contre une partie".

La Cour estime aussi hors de doute que le "principe des pressions" était formulé avec assez de précision pour permettre aux requérants de prévoir, au degré voulu, les conséquences de nature à découler de la publication du projet d'article. Dans *Vine Products Ltd v. Green* (1966), le juge Buckley avait dit le droit en ces termes: "Il y a mépris de cette cour (contempt of this court) si un journal commente une procédure judiciaire pendant d'une manière propre à nuire au jugement équitable de la cause. Ce mépris peut revêtir différentes formes. Le commentaire peut être, d'une manière ou d'une autre, propre à susciter des pressions sur l'une ou l'autre des parties, de façon à l'empêcher de poursuivre l'action ou de s'y défendre, à l'encourager à se prêter à un arrangement auquel elle n'aurait pas consenti autrement, ou à influencer de quelque manière sur sa conduite de l'action, alors qu'elle devrait être libre de la poursuivre ou de s'y défendre, suivant les conseils qu'on lui donne, sans subir de pareilles pressions."

**52.** Les requérants affirment en revanche que le "principe du jugement prématuré" était novateur et qu'ils n'ont donc pu disposer de renseignements suffisants sur son existence. Leur opinion trouve appui dans plusieurs documents cités par eux, dont le rapport Phillimore selon lequel la Chambre des Lords a "énoncé un critère sensiblement différent"

(paragraphe 18 ci-dessus). Néanmoins, la Cour note également ce qui suit :

- dans leur mémoire (paragraphe 2.54), les requérants allèguent que "le 'principe du jugement prématuré', appliqué par la Chambre des Lords aux faits de la cause, n'a jamais servi de base à une décision judiciaire anglaise dans un litige comparable" (souligné par la Cour) ;

- en 1969, le comité interministériel sur le droit du contempt et les commissions d'enquête écrivait au paragraphe 26 de son rapport (paragraphe 36 ci-dessus): "On ne connaît pas de décision déclarant quelqu'un coupable de contempt of court pour des commentaires relatifs à l'objet d'un procès en instance devant un tribunal siégeant sans jury. Cependant, des dicta étayaient la thèse d'après laquelle de tels commentaires peuvent constituer un contempt." ;

- la troisième édition (la plus récente en 1972) des Halsbury's Laws of England (vol. 8, pp. 7 et s., paras. 11-13) renferme les passages que voici, assortis de renvois à la jurisprudence: "(...) des écrits (...) prévenant le public pour ou contre une partie s'analysent en contempts (...). Il n'y a rien de plus pernicieux que de prévenir le public contre des personnes parties à des causes non encore entendues (...). Représente un contempt un article de journal consacré à une action civile (...) pendante (...). En pareil cas, il faut avoir égard à la nocivité inhérente à un procès dans la presse alors qu'un procès se déroule devant l'un des tribunaux compétents du pays (...). Toutefois, on ne devrait engager la procédure sommaire [de répression du contempt] que s'il est probable que la publication entravera grandement un procès équitable."

Quant à la formulation du "principe du jugement prématuré", la Cour relève que la Chambre des Lords s'est référée à diverses décisions, en particulier *Hunt v. Clarke* (1889) où Lord Justice Cotton avait dit ainsi le droit: "Si l'on discutait dans un journal le fond d'une affaire ou les éléments de preuve à fournir avant qu'elle ne soit entendue, il y aurait à mon sens une très grave tentative d'ingérence dans la bonne administration de la justice. Point n'est besoin que le tribunal aboutisse à la conclusion qu'un juge ou un jury seront prévenus contre une partie: il y a contempt pour peu que l'article cherche à nuire au bon jugement d'une cause; la sanction nécessaire sera infligée pour faire échec à pareil comportement." En outre, dans sa déclaration écrite sous serment produite devant la Divisional Court, le rédacteur en chef du Sunday Times a indiqué: "(...) Un conseiller juridique m'a signalé que [le projet d']article (...) entrait dans une catégorie différente de celle des articles publiés jusque-là, car il ne se bornait pas à présenter des informations venant à l'appui des arguments moraux en faveur d'un règlement plus équitable, mais renfermait des éléments de preuve relatifs à la question de responsabilité soulevée par l'affaire pendante de la thalidomide."

En résumé, la Cour ne considère pas que les requérants manquaient de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur l'existence du "principe du jugement prématuré". Même si elle éprouve certains doutes sur la précision de l'énoncé de celui-ci à l'époque, elle pense que les intéressés ont pu prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, que la publication du projet d'article risquait de se heurter à lui.

**53.** L'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants était donc "prévue par la loi" au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2).

**B. L'ingérence répondait-elle à des buts légitimes au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) ?**

**54.** Pour les requérants, le Gouvernement et la minorité de la Commission, les règles du contempt of court sont destinées à préserver non seulement l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, mais encore les droits et intérêts des plaideurs.

La majorité de la Commission au contraire, tout en reconnaissant qu'elles ont pour but général d'assurer la bonne administration de la justice et tendent ainsi vers des objectifs analogues à ceux auxquels songe l'article 10 par. 2 (art. 10-2) en parlant de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, a estimé ne pas avoir à rechercher séparément si elles veulent de surcroît protéger les droits d'autrui.

**55.** La Cour souligne d'abord que les mots "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" doivent s'entendre "au sens de la Convention" (cf., mutatis mutandis, l'arrêt König du 28 juin 1978, série A no 27, pp. 29-30, par. 88). A cet égard, il y a lieu de tenir compte de la place centrale occupée en la matière par l'article 6 (art. 6) qui consacre le principe fondamental de la prééminence du droit (voir, par exemple, l'arrêt Golder du 21 février 1975, série A no 18, p. 17, par. 34).

Les termes "pouvoir judiciaire" ("judiciary") recouvrent l'appareil de la justice ou le secteur judiciaire du pouvoir autant que les juges en leur qualité officielle. Quant à l'expression "autorité du pouvoir judiciaire", elle reflète notamment l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour apprécier les droits et obligations juridiques et statuer sur les différends y relatifs, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance.

Il suffit ici de s'appuyer sur la description que le rapport Phillimore a donnée du but général du droit du contempt. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 18 ci-dessus, ce droit vise pour l'essentiel des types de conduite ayant trait soit à la position des juges, soit au fonctionnement

des tribunaux et de l'appareil de la justice; la garantie de "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" figure donc parmi ses fins.

**56.** En l'espèce, la Cour pense avec la majorité de la Commission que dans la mesure où les règles du contempt peuvent servir à sauvegarder les droits des plaideurs, cet objectif se trouve déjà englobé dans le membre de phrase "garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire": il s'agit des droits dont les individus jouissent à titre de plaideurs, c'est-à-dire de personnes mêlées au jeu de l'appareil de la justice; or on ne saurait assurer l'autorité de ce dernier sans protéger quiconque y participe ou y recourt. Il n'apparaît donc pas nécessaire de déterminer séparément si lesdites règles ont pour fin supplémentaire la défense des "droits d'autrui".

**57.** Reste à rechercher si l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants tendait à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Aucun des Law Lords concernés n'a fondé sa décision sur le risque de voir le projet d'article menacer l'"impartialité" du pouvoir judiciaire. Ce motif n'a pas non plus été avancé devant la Cour qui peut le laisser de côté.

Les raisons pour lesquelles la Chambre des Lords a estimé ledit projet répréhensible peuvent se résumer brièvement ainsi (paragraphe 29 à 33 ci-dessus) :

- en "jugant prématurément" de la question de la négligence, il aurait entraîné un manque de respect pour les voies légales ou une immixtion dans l'administration de la justice ;
- il était de nature à exposer la Distillers à un examen public et préjudiciable de la valeur de sa thèse, chose critiquable car elle dissuade les plaideurs dans leur ensemble de s'adresser aux tribunaux ;
- il aurait soumis la Distillers à des pressions et aux dommages résultant d'un jugement prématuré des points en litige, alors que le droit du contempt est destiné à empêcher de faire obstacle à un recours à la justice ;
- le jugement prématuré de la presse aurait en l'espèce inévitablement provoqué des réponses des parties et suscité de la sorte le danger d'un "procès dans la presse" incompatible avec une bonne administration de la justice ;
- les tribunaux doivent protéger les parties contre le préjudice découlant d'un jugement prématuré qui les mêle aux remous d'une publicité antérieure aux audiences.

Aux yeux de la Cour, ces diverses raisons relèvent de la garantie de "l'autorité (...) du pouvoir judiciaire" telle qu'elle l'a définie au deuxième alinéa du paragraphe 55 ci-dessus.

L'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants répondait donc à un but légitime au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2).

**C. L'ingérence était-elle "nécessaire, dans une société démocratique", pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire ?**

**58.** D'après les requérants et la majorité de la Commission, ladite ingérence n'était pas "nécessaire" au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2). Le Gouvernement approuve la minorité de la Commission d'avoir abouti à la conclusion contraire; il s'appuie en particulier sur la marge d'appréciation dont la Chambre des Lords bénéficiait en la matière.

**59.** Par son arrêt *Handyside* précité, la Cour a déjà indiqué comment elle comprend les mots "nécessaire dans une société démocratique", la nature de ses fonctions lors de l'examen des questions les concernant et la manière dont elle s'en acquittera.

Elle a noté que si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'"indispensable", il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun" et implique l'existence d'un "besoin social impérieux" (p. 22, par. 48).

Il incombe au premier chef à chacun des États contractants, a-t-elle souligné ensuite, d'assurer la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention. Partant, "l'article 10 par. 2 (art. 10-2) (leur) réserve (...) une marge d'appréciation" qu'il "accorde à la fois au législateur national (...) et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les textes en vigueur" (p. 22, par. 48).

Il ne leur "attribue pas pour autant (...) un pouvoir d'appréciation illimité": "(...) la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une 'restriction' (...) se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10)"; "la marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen" qui "porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante" (ibidem, p. 23, par. 49).

De la combinaison de ces principes, la Cour a déduit qu'elle "n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes", mais de contrôler "sous l'angle de l'article 10 (art. 10) les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation" (ibidem, p. 23, par. 50).



Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un État contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention. La Cour persiste à ne pas souscrire à la thèse contraire que Gouvernement et majorité de la Commission avaient plaidée en substance dans l'affaire Handyside (pp. 21-22, par. 47).

D'autre part, le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 par. 2 (art. 10-2). L'affaire Handyside concernait la "protection de la morale". L'idée que les États contractants "se font des exigences de cette dernière", a constaté la Cour, "varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque", et "les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences" (p. 22, par. 48). Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, d'"autorité" du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6 (art. 6), qui n'ont pas d'équivalent pour la "morale". A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu.

Dans le contexte, différent mais dans une certaine mesure comparable, des articles 5 par. 3 et 6 par. 1 (art. 5-3, art. 6-1), la Cour est parfois arrivée à des conclusions opposées à celles des juridictions nationales sur des points dont elles étaient aussi au premier chef compétentes et qualifiées pour juger (arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A no 8, pp. 9-15 et 38-40; arrêt Stögmüller du 10 novembre 1969, série A no 9, pp. 11-24, 39 et 43-44; arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A no 13, pp. 24-34 et 42-44; arrêt König du 28 juin 1978, série A no 27, pp. 16 in fine, 22, 23-24 et 33-40).

**60.** Minorité de la Commission et Gouvernement attachent du poids à la circonstance que l'institution du contempt of court est propre aux pays de common law; à leurs yeux, par les derniers mots de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) on a voulu viser cette institution dont beaucoup d'autres membres du Conseil de l'Europe ne possèdent pas l'équivalent.

Même s'il en était ainsi, la présence de ces mots s'expliquerait selon la Cour par le souci de faire en sorte que les finalités générales du droit du contempt of court passent pour légitimes au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), et non d'ériger ce droit en critère de la "nécessité" d'une mesure donnée. Si et dans la mesure où l'article 10 par. 2 (art. 10-2) s'est inspiré des idées sous-jacentes au droit anglais du contempt of court, ou à d'autres institutions nationales similaires, il n'a pu les adopter telles

quelles: il les a transposées dans un contexte autonome. C'est la "nécessité" sous l'angle de la Convention que la Cour doit vérifier, son rôle consistant à s'assurer de la conformité des actes nationaux avec les normes de cet instrument.

En outre, la Cour exerce son contrôle à la lumière de l'ensemble de l'affaire (arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 50). Par conséquent, elle ne doit pas perdre de vue l'existence d'une diversité de motivations et solutions dans les décisions judiciaires résumées aux paragraphes 22 à 35 ci-dessus, d'amples débats en Angleterre sur le droit du contempt of court et de propositions de réforme. Quant à celles-ci, elle relève que le Livre vert du gouvernement, s'il énumère les arguments pour et contre certaines recommandations de la commission Phillimore, ne met pas en cause la suggestion tendant à un réexamen du critère du "jugement prématuré", mentionné au sein de la Chambre des Lords (paragraphe 37 ci-dessus).

**61.** D'un autre côté, la Cour ne saurait déclarer que l'injonction litigieuse n'était pas "nécessaire" pour la simple raison que son prononcé n'aurait pas été licite ou probable dans un ordre juridique différent. Ainsi que l'a noté l'arrêt du 9 février 1967 en l'affaire "linguistique belge", la Convention a pour but essentiel "de fixer certaines normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction" (série A no 5, p. 19). Cela ne veut pas dire qu'une uniformité absolue s'impose; comme les États contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées, la Cour ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs (cf., mutatis mutandis, l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A no 6, pp. 34-35).

**62.** Il y a lieu de déterminer à présent si l'"ingérence" incriminée correspondait à un "besoin social impérieux", si elle était "proportionnée au but légitime poursuivi", si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont "pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2)" (arrêt *Handyside* précité, pp. 22-24, paras. 48-50). La Cour a examiné à cet égard l'objet de l'injonction, puis l'état de l'affaire de la thalidomide à l'époque considérée, enfin les circonstances entourant l'affaire et l'injonction.

**63.** Dans le libellé que lui a donné la Chambre des Lords, l'injonction ne visait pas uniquement le projet d'article du *Sunday Times* (paragraphe 44 ci-dessus). Elle aurait aussi empêché les requérants, à les en croire, de communiquer à des commissions gouvernementales et à un parlementaire le résultat de leurs investigations ainsi que de poursuivre ces dernières, retardé la publication d'un livre et privé le rédacteur en chef de l'hebdomadaire de l'occasion de consacrer à la question des commentaires ou de répondre à des critiques dirigées contre lui. De fait, elle usait de

termes assez larges pour englober de tels éléments; en raison même de son ampleur, elle appelle un contrôle particulièrement attentif de sa "nécessité".

Le projet d'article n'en constituait pas moins l'objet principal de l'interdiction. Il faut donc rechercher, pour commencer, si les réflexions des juridictions anglaises sur ses effets virtuels étaient pertinentes pour la garantie de "l'autorité du pouvoir judiciaire".

Parmi les motifs invoqués figuraient les pressions que l'article aurait déclenchées sur la Distillers pour la pousser à un règlement extrajudiciaire plus généreux. Cependant, même en 1972 la publication de l'article n'eût sans doute guère augmenté celles qui s'exerçaient déjà sur la société (paragraphe 29 ci-dessus, deuxième alinéa). La remarque vaut davantage encore pour juillet 1973, date de la décision de la Chambre des Lords: à ce moment, l'affaire de la thalidomide avait donné lieu à un débat parlementaire et non seulement à de nouveaux commentaires dans la presse, mais aussi à une campagne d'envergure nationale (paragraphe 13 et 14 ci-dessus).

Les déclarations des Law Lords soulignaient surtout un danger: assister à une chute du respect pour les voies légales et à une usurpation des fonctions des tribunaux si l'on incite le public à se former une opinion sur l'objet d'une instance encore pendante ou si les parties doivent subir un "procès dans la presse". En soi, pareil souci est "pertinent" pour la garantie de "l'autorité du pouvoir judiciaire" comme la comprend la Cour (paragraphe 55 ci-dessus). Si l'on agite au grand jour les points en litige de manière telle que le public arrête par avance ses propres conclusions à leur propos, il risque de perdre son respect pour les tribunaux et sa confiance en eux. En outre, si on l'habitue au spectacle de pseudo-procès dans les media il peut en résulter à long terme des conséquences néfastes à la reconnaissance des tribunaux comme les organes qualifiés pour statuer sur les différends juridiques.

Néanmoins, le projet d'article du Sunday Times s'exprimait sur un ton modéré, présentait des preuves ne jouant pas toutes dans le même sens et ne prétendait pas qu'il existât une seule solution possible pour un tribunal; s'il analysait en détail des éléments plaidant contre la Distillers, il résumait aussi des arguments qui militaient pour elle et s'achevait par les mots: "Il ne semble pas y avoir de réponses nettes (...)." Selon la Cour, l'article aurait donc eu des effets variables d'un lecteur à l'autre s'il avait paru. Partant, même dans la mesure où il aurait pu conduire certains à se former une opinion sur le problème de la négligence cela n'aurait pas nui à "l'autorité du pouvoir judiciaire", d'autant qu'une campagne d'envergure nationale s'était déroulée dans l'intervalle ainsi qu'on l'a déjà noté.

En revanche, sa publication aurait bien pu provoquer des répliques. Il en va cependant de même, à un degré plus ou moins grand, de toute

publication consacrée aux faits d'une cause ou aux questions surgissant dans un procès. Les écrits de cette catégorie ne portant pas forcément atteinte à "l'autorité du pouvoir judiciaire", la Convention ne saurait avoir entendu permettre de les prohiber tous. En outre, quoique ce motif particulier d'interdiction puisse avoir été "pertinent" au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), la Cour croit indispensable d'examiner l'ensemble des circonstances de l'espèce pour apprécier s'il était "suffisant".

**64.** Au moment de l'interdiction initiale comme de son rétablissement, l'affaire de la thalidomide se trouvait au stade de négociations tendant à la régler à l'amiable. Avec la Court of Appeal, les requérants estiment qu'elle "sommeillait" et d'après la majorité de la Commission il était peu probable que l'on trancherait le problème de la négligence. Pour le Gouvernement et la minorité de la Commission, au contraire, pareille décision correspondait à une possibilité réelle.

Pour statuer, la Cour n'a pas besoin d'évaluer l'état exact de l'affaire à l'époque: prévenir des ingérences dans des négociations visant à un arrangement extrajudiciaire ne constitue pas, au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), un but moins légitime qu'empêcher des immixtions dans une phase strictement judiciaire de l'instance. Il en va de même de la procédure d'homologation d'une transaction (paragraphe 9 ci-dessus). Il échet de retenir seulement que les négociations ont duré fort longtemps, s'étalant sur plusieurs années, et qu'à la date de la prohibition de l'article on n'en était pas encore aux plaidoiries.

Une question surgit cependant: comment a-t-on pu supprimer l'interdiction en 1976 - en se référant, d'ailleurs, au principe "des pressions" et non "du jugement prématuré" (paragraphe 35 ci-dessus)? Demeurait alors en instance, outre celles de quelques parents, une action entre la Distillers et ses assureurs; elle posait le problème de la négligence et, de surcroît, se trouvait en état (paragraphe 16 ci-dessus). Que l'on ait levé l'injonction dans ces conditions incite à s'interroger sur sa nécessité initiale.

**65.** Le Gouvernement répond qu'il faut évaluer le poids respectif de deux intérêts publics, liberté d'expression et bonne administration de la justice. Il insiste sur le caractère temporaire de l'injonction et affirme que la balance a penché de l'autre côté quand on l'a consultée à nouveau en 1976, la situation ayant changé.

La Cour en arrive par là aux circonstances entourant l'affaire de la thalidomide et le prononcé de l'interdiction.

Ainsi que l'a relevé l'arrêt *Handyside*, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique; sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme

inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population (p. 23, par. 49).

Ces principes revêtent une importance spéciale pour la presse. Ils s'appliquent également au domaine de l'administration de la justice, laquelle sert les intérêts de la collectivité tout entière et exige la coopération d'un public éclairé. On s'accorde en général à penser que les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide. Ils ont compétence pour régler les différends, mais il n'en résulte point qu'auparavant ceux-ci ne puissent donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. En outre, si les media ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, du 7 décembre 1976, série A no 23, p. 26, par. 52).

Pour apprécier si l'ingérence incriminée se fondait sur des motifs "suffisants" qui la rendaient "nécessaire dans une société démocratique", il faut donc tenir compte de tout aspect de l'affaire relevant de l'intérêt public. La Cour note à cet égard que certains des Law Lords, après avoir pesé les intérêts concurrents en jeu, ont formulé une règle absolue selon laquelle il est illicite de préjuger de questions dont la justice est saisie: le droit souffrirait d'un excès d'incertitude si l'on consultait à nouveau la balance dans chaque cas (paragraphes 29, 32 et 33 ci-dessus). Tout en soulignant qu'elle n'a point pour tâche de se prononcer sur une interprétation du droit anglais adoptée au sein de la Chambre des Lords (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A no 13, p. 40, par. 97), la Cour relève qu'elle doit suivre une démarche différente. Elle ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres du 6 septembre 1978, série A no 28, p. 21, par. 42). En second lieu, le contrôle qu'elle exerce sur le terrain de l'article 10 (art. 10) porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant (arrêt Handyside, p. 23, par. 49). Il ne suffit pas que l'ingérence dont il s'agit se classe parmi celle des exceptions énumérées à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) que l'on a invoquée; il ne suffit pas davantage qu'elle ait été imposée parce que son objet se rangeait dans telle catégorie ou tombait sous le coup d'une règle juridique formulée en termes généraux ou absolus: la Cour doit s'assurer qu'il était nécessaire d'y recourir eu égard aux faits et circonstances de la cause précise pendante devant elle.

**66.** La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissante société qui avait distribué

ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus vivant une horrible tragédie personnelle ou si les victimes ne pouvaient exiger ou espérer une indemnité que de la collectivité tout entière; elle posait des questions fondamentales de prévention et réparation des dommages résultant de découvertes scientifiques et obligeait à reconsidérer beaucoup d'aspects du droit en vigueur dans ces matières.

L'article 10 (art. 10), la Cour l'a déjà noté, garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates (paragraphe 65 ci-dessus).

En l'espèce les familles de nombreuses victimes du désastre, ignorantes des difficultés juridiques qui surgissaient, avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles. Elles ne pouvaient être privées de ces renseignements, pour elles d'importance capitale, que s'il apparaissait en toute certitude que leur diffusion aurait menacé l'"autorité du pouvoir judiciaire".

Appelée à mettre en balance les intérêts en présence et à en évaluer le poids respectif, la Cour constate ce qui suit :

En septembre 1972 l'affaire se trouvait, selon les termes des requérants, dans un "cocon juridique" depuis des années et il était, pour le moins, fort douteux que les actions des parents atteindraient le stade des plaidoiries. Il n'y avait pas eu non plus d'enquête publique (paragraphe 14 ci-dessus). Gouvernement et minorité de la Commission soulignent que la discussion des "problèmes plus vastes", par exemple les principes du droit anglais de la négligence, ne se heurtait, elle, à aucune prohibition. De larges échanges de vues se déroulèrent bien dans des milieux divers, surtout après mais aussi avant la décision initiale de la Divisional Court (paragraphe 11, 12 et 14 ci-dessus). La Cour estime pourtant assez artificiel d'essayer de distinguer entre les problèmes "plus vastes" et celui de la négligence. La question de savoir où se situe la responsabilité réelle de pareil drame relève également de l'intérêt public.

A la vérité, si l'article du Sunday Times avait paru à l'époque la Distillers aurait pu se sentir obligée de développer au grand jour, et avant tout jugement, ses arguments sur les faits de la cause (paragraphe 63 ci-dessus), mais ceux-ci ne cessaient pas de ressortir à l'intérêt public par cela seul qu'ils formaient le contexte d'un litige en instance. En mettant en lumière certains d'entre eux, l'article aurait pu servir de frein à des controverses spéculatives entre esprits mal informés.

**67.** Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et sur la base de la démarche définie au paragraphe 65 ci-dessus, la Cour conclut que l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression

au sens où l'entend la Convention. Elle n'estime donc pas suffisants, sous l'angle de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), les motifs de la restriction imposée aux requérants. Celle-ci se révèle non proportionnée au but légitime poursuivi; elle n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire.

**68.** Dès lors, il y a eu violation de l'article 10 (art. 10).

## II. SUR L'ARTICLE 14 (art. 14)

**69.** Les requérants se prétendent aussi victimes d'une infraction à l'article 10 combiné avec l'article 14 (art. 14+10) aux termes duquel:

"La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

L'infraction découlerait de ce que

- des articles de presse analogues n'auraient pas donné lieu à des restrictions analogues à celles imposées aux publications ou activités des requérants ;
- les règles appliquées au parlement pour les commentaires sur les procès en instance se distinguent de celles observées pour la presse en matière de contempt of court.

Selon le Gouvernement et la Commission, aucun manquement à l'article 14 combiné avec l'article 10 (art. 14+10) ne s'est produit en l'espèce.

**70.** D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 (art. 14) protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés que reconnaissent les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles (arrêt précité du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", p. 34, par. 10; arrêt Syndicat national de la police belge, du 27 octobre 1975, série A no 19, par. 44).

**71.** L'absence de toute mesure à l'encontre d'autres journaux, par exemple le Daily Mail, ne suffit pas à prouver que l'injonction adressée à Times Newspapers Ltd constituait une discrimination contraire à l'article 14 (art. 14).

**72.** Quant aux règles applicables au parlement (paragraphe 20 ci-dessus), la Cour relève que les membres de la Court of Appeal ont mentionné l'inopportunité, voire les dangers d'un écart sensible, en ce qui concerne la

discussion de problèmes sub judice, entre la pratique du parlement, dont les travaux sont publiés, et celle des tribunaux. Elle considère néanmoins que presse et parlementaires ne sauraient passer pour "placés dans une situation comparable", car leurs "devoirs" et "responsabilités" sont foncièrement dissemblables. En outre, le débat parlementaire du 29 novembre 1972 (paragraphe 13 ci-dessus) et le projet d'article du Sunday Times ne portaient pas sur des questions exactement identiques.

**73.** Il n'y a donc pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 10 (art. 14+10).

### III. SUR L'ARTICLE 18 (art. 18)

**74.** Devant la Commission, les requérants avaient invoqué un grief supplémentaire, fondé sur l'article 18 (art. 18) selon lequel :

"Les restrictions qui, aux termes de la (...) Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues."

Toutefois, ils ne l'ont pas maintenu devant la Cour: par leur mémoire du 10 février 1978 ils ont accepté l'avis de la Commission, qui n'aperçoit pas de manquement aux articles 18 et 10 (art. 18+10) combinés.

Ni le Gouvernement ni la Commission n'ont parlé de la question lors des audiences, bien que la seconde l'eût mentionnée dans sa demande introductive.

**75.** La Cour prend acte de l'attitude des requérants. En l'occurrence, elle ne croit pas avoir besoin d'examiner le problème.

### IV. SUR L'ARTICLE 50 (art. 50)

**76.** D'après l'article 50 (art. 50) de la Convention, si la Cour déclare "qu'une décision prise ou une mesure ordonnée" par une autorité quelconque d'un État contractant "se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne (dudit État) ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou (...) mesure", la Cour "accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable".

Le règlement de la Cour précise que quand celle-ci "constate une violation de la Convention, elle statue par le même arrêt sur l'application de l'article 50 (art. 50) de la Convention si la question, après avoir été soulevée en vertu de l'article 47 bis du (...) règlement, est en état; sinon, elle la réserve en tout ou partie et détermine la procédure ultérieure" (article 50 par. 3, première phrase, combiné avec l'article 48 par. 3).



**77.** Dans leur mémoire du 10 février 1978, les requérants prient la Cour de décider que le Gouvernement doit leur verser l'équivalent de leurs frais et dépens dans les procédures suivies en Angleterre pour contempts, puis devant la Commission et la Cour. Cependant, ils ne chiffrent pas leurs prétentions; à l'audience du 24 avril 1978, leur conseil a exprimé en leur nom l'espoir qu'il sera possible de tomber d'accord, "sans importuner la Cour", sur le montant des dommages subis par eux.

A l'audience du lendemain la Cour, en vertu de l'article 47 bis de son règlement, a invité le Gouvernement à présenter ses observations sur la question de l'application de l'article 50 (art. 50) de la Convention en l'espèce. A la fin de sa plaidoirie, le Solicitor-General a dit qu'elle n'aurait pas à examiner le problème.

**78.** La Cour relève que les requérants limitent leur demande au remboursement des frais et dépens susmentionnés, mais n'indiquent pas pour le moment à quelle somme s'élèvent ces derniers. Dès lors, la question de l'application de l'article 50 (art. 50) de la Convention ne se trouve pas en état; il échet donc de la réserver et de déterminer la procédure ultérieure en tenant compte de l'hypothèse visée à l'article 50 par. 5 du règlement.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

**1.** dit, par onze voix contre neuf, qu'il y a eu violation de l'article 10 (art. 10) de la Convention ;

**2.** dit, à l'unanimité, qu'il n'y pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 10 (art. 14+10) ;

**3.** dit, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question d'une violation de l'article 18 (art. 18) ;

**4.** dit, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 (art. 50) ne se trouve pas en état ;

en conséquence,

a) la réserve en entier ;

b) invite les comparants à lui donner connaissance, dans un délai de trois mois à compter du prononcé du présent arrêt, de tout règlement auquel Gouvernement et requérant auront pu aboutir ;

c) réserve la procédure à suivre ultérieurement sur cette question.

Rendu en français et en anglais, le texte anglais faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le vingt-six avril mil neuf cent soixante-dix-neuf.

Giorgio BALLADORE PALLIERI  
Président

Marc-André EISSEN  
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 (art. 51-2) de la Convention et 50 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées des juges suivants :

- opinion dissidente de M. Wiarda, M. Cremona, M. Thór Vilhjálmsson, M. Ryssdal, M. Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Mme Bindschedler-Robert, M. Liesch et M. Matscher;
- opinion concordante de M. Zekia;
- opinion concordante de M. O'Donoghue;
- opinion concordante de M. Evrigenis.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A M. WIARDA, M. CREMONA, M. THÓR VILHJÁLMSSON, M. RYSSDAL, M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE, Mme BINDSCHEDLER ROBERT, M. LIESCH ET M. MATSCHER, JUGES

**1.** Nous regrettons de ne pas pouvoir partager l'opinion de la majorité de nos collègues selon laquelle l'ingérence incriminée dans la liberté d'expression était contraire à la Convention parce qu'elle ne pourrait pas être considérée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention.

**2.** La Chambre des Lords a interdit la publication du projet d'article en question parce qu'elle a considéré qu'en le publiant le Sunday Times se rendrait coupable de contempt of court.

Il importe d'observer que c'était manifestement pour couvrir cette institution propre aux traditions juridiques des pays de common law que la restriction de la liberté d'expression tendant à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire a été introduite dans la Convention. Une telle restriction est inconnue dans le droit de la plupart des États membres; elle ne figurait pas non plus dans le projet original de la Convention et y a été insérée sur la proposition de la délégation britannique.

Nous rappelons, comme l'admettent à la fois la majorité et la minorité de la Commission, que les règles du contempt of court ont pour objectif général d'assurer une bonne administration de la justice.

Elles comportent, entre autres, la possibilité d'interdire ou de punir une manière d'agir, notamment de la part de la presse, qui serait susceptible de constituer une ingérence dans le cours de la justice, alors que le procès se trouve sub judice.

Quelles que soient les divergences d'opinion qui peuvent exister quant au caractère inadmissible d'une publication, il est fréquemment admis que le genre de publication qui menace de se développer dans ce qu'on appelle un "trial by newspaper" doit être interdit (voir par exemple les déclarations de Lord Reid, Lord Morris of Borth-y-Gest, Lord Diplock et Lord Cross of Chelsea devant la Chambre des Lords, paragraphes 29, 30, 31 et 33 de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire; l'opinion de Lord Denning devant la Court of Appeal, paragraphe 25 de l'arrêt; rapport Phillimore, par. 110; Livre vert, par. 11).

Les règles du contempt of court visent à empêcher que ne se développe au sujet d'un litige qui se trouve sub judice un état d'esprit qui se traduit par un préjugé en dehors des garanties d'impartialité de la procédure judiciaire et qui, partant, crée un climat de nature à nuire à la bonne

administration de la justice. En revanche, elles n'ont pas pour but de mettre le pouvoir judiciaire à l'abri de toute critique. Il n'était donc guère besoin de souligner à ce propos, ainsi que le fait l'arrêt, que "les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide" (paragraphe 65). Personne n'a jamais songé à mettre cela en doute.

En interprétant et en appliquant la restriction de la liberté d'expression pour garantir "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), il doit être tenu compte de ce qui précède.

**3.** Les Law Lords ont donné diverses raisons pour lesquelles selon eux le projet d'article devait être interdit. Des raisons retenues par la majorité d'entre eux, les principales étaient, selon nous, les suivantes :

- l'article projeté introduisait dans la campagne de presse sur l'affaire de la thalidomide une grande quantité de faits concernant la question de savoir si la Distillers avait fait preuve de négligence dans la mise au point, la commercialisation et l'utilisation de la thalidomide ;
- il le faisait de manière telle que de ces informations se dégagait une image donnant clairement l'impression qu'en effet la Distillers avait été négligente ;
- ainsi, par la publication de cet article, la question de la négligence, décisive pour le résultat des procès pendants à l'époque entre les parents des enfants mal formés et la Distillers, serait jugée prématurément, c'est-à-dire jugée par la presse alors que le juge saisi ne s'est pas encore prononcé dans le cadre des garanties données aux parties par la procédure judiciaire ;
- un tel jugement prématuré par la presse, qui entraînerait inévitablement des réponses de la part des parties et risquerait de provoquer un "trial by newspaper", est incompatible avec une bonne administration de la justice ;
- les tribunaux se doivent aussi de protéger les parties contre le préjudice résultant d'un jugement prématuré qui implique inévitablement le fait de les mêler aux agitations de la publicité avant tout jugement.

Ces raisons sont conformes au but que constitue la garantie d'une bonne administration de la justice, exprimée dans la Convention par la notion "(d')autorité et (d')impartialité du pouvoir judiciaire".

Il faut admettre aussi que dans la mesure où ces raisons concernaient ici la protection des intérêts des parties, elles étaient conformes au but de "protection des droits d'autrui" figurant également à l'article 10 par. 2 (art. 10-2).

**4.** La divergence d'opinions qui nous sépare de nos collègues concerne avant tout la nécessité de l'ingérence et la marge d'appréciation qui, à cet égard, doit être reconnue aux autorités nationales.

**5.** Quant à la question de savoir si, pour garantir une bonne administration de la justice, il était nécessaire d'interdire la publication de l'article incriminé et celle d'autres articles du même genre, on observera qu'il ressort des motifs de la décision de la Chambre des Lords que les membres de celle-ci, en appliquant les règles relatives au contempt of court, se sont posé la question de la nécessité de cette interdiction. C'est ainsi que Lord Reid déclarait: "[L'institution du contempt of court] existe pour empêcher toute entrave à l'administration de la justice et doit, selon moi, se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin" ([1974] A.C. 294). Dans le même sens Lord Cross of Chelsea a dit: "Lorsque le prétendu contempt consiste à formuler, en public ou en privé, des opinions concernant de loin ou de près une procédure judiciaire, civile ou pénale, le droit du contempt of court constitue une ingérence dans la liberté d'expression, et je tombe d'accord avec mon éminent collègue (Lord Reid) pour dire que nous devons veiller à ce que les règles du contempt of court n'entravent pas la liberté d'expression plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire afin d'éviter qu'il n'y ait immixtion dans l'administration de la justice" (ibidem, p. 322).

**6.** Si la Chambre des Lords s'est posé la question de la nécessité de l'interdiction, c'était au point de vue de l'application du droit national. Si notre Cour se la pose, c'est sous l'angle de l'article 10 (art. 10) de la Convention, qui poursuit deux objectifs intéressant la présente affaire: "la liberté d'expression" garantie comme principe fondamental dans une société démocratique, et "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" garanties dans la mesure où leur protection s'avère nécessaire dans une telle société. La Cour doit tenir compte de ces deux objectifs dans le respect du principe de la proportionnalité.

Pour répondre à la question de savoir si en l'occurrence il était nécessaire de limiter la liberté d'expression, garantie par le premier alinéa de l'article 10 (art. 10-1), dans l'intérêt de la justice, mentionné au second alinéa de cet article (art. 10-2), il y a donc lieu d'apprécier, d'une part, les conséquences d'une interdiction de la publication en question ou de publications semblables pour la liberté de la presse et, d'autre part, la mesure dans laquelle cette publication pouvait porter préjudice à une bonne administration de la justice au regard des actions pendantes à l'époque. Dans le contexte de l'article 10 (art. 10) cela signifie qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par la presse du droit que lui garantit le paragraphe 1 (art. 10-1) et la nécessité, d'après le paragraphe 2 (art. 10-2), d'imposer une restriction à l'exercice de ce droit pour protéger "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres du 6 septembre 1978, série A no 28, p. 28, par. 59 in fine). Faut-il rappeler la place essentielle qu'occupe en droit

anglais le pouvoir judiciaire pour la protection des libertés et des droits fondamentaux ?

**7.** C'est notamment dans son arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976 (série A no 24) que la Cour a déjà eu l'occasion de dire comment il convient d'interpréter et d'appliquer l'expression "mesures nécessaires dans une société démocratique" au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), et d'indiquer tant quelles sont ses obligations lorsque se posent à elle des questions relatives à l'interprétation ou l'application de cette disposition que la façon dont elle entend s'en acquitter.

La Cour a relevé dans cet arrêt qu'il appartient aux autorités nationales de juger au premier chef de la réalité du besoin impérieux qu'implique dans chaque cas le concept de nécessité et que, dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation qu'il "accorde à la fois au législateur national (...) et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur" (arrêt *Handyside* précité, p. 22, par. 48).

Cette marge d'appréciation implique une part de discrétion et porte surtout sur l'évaluation du danger qu'un certain emploi de la liberté garantie par l'article 10 par. 1 (art. 10-1) pourrait faire courir aux intérêts mentionnés au paragraphe 2 (art. 10-2) de la même disposition, et sur le choix des mesures destinées à éviter ce danger (arrêt *Klass et autres* précité, p. 23, par. 49). Pour une telle évaluation, faite avec soin et de façon raisonnable, nécessairement basée sur des faits et des circonstances qui se situent dans le pays concerné et sur le développement de ces faits et circonstances dans l'avenir, les autorités nationales sont en principe mieux qualifiées qu'une cour internationale.

**8.** Néanmoins, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19) (art. 19), la Cour a compétence pour statuer sur le point de savoir si une "restriction" ou une "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen (arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 49). Ce contrôle concerne d'abord la question de savoir si les autorités nationales en évaluant ces faits et circonstances ainsi que le danger qui peut en découler pour les intérêts mentionnés à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) ont agi de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable; en outre et surtout il vise à assurer que les mesures restreignant, dans une société qui entend demeurer démocratique, la liberté d'expression soient proportionnées au but légitime poursuivi (arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 49; arrêt *Klass et autres* précité, p. 23, par. 49).

Nous entendons rappeler ici qu'il n'est pas de société démocratique sans que "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" (arrêt *Handyside*

précité, p. 23, par. 49) se traduisent effectivement dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé, sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant (arrêt *Klass et autres* précité, pp. 25-26, par. 55), et qu'il assure le respect de la personne humaine.

Dès lors, bien que la Cour n'ait point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, elle doit apprécier sous l'angle de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) ainsi compris les décisions que celles-ci ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 50).

**9.** Dans l'affaire *Handyside*, qui concernait une publication dont l'interdiction était jugée par les juridictions nationales nécessaire "à la protection de la morale", la Cour a considéré que les juridictions internes compétentes "étaient en droit de croire" à l'époque que cette publication aurait des répercussions néfastes sur la moralité des enfants ou des adolescents qui la liraient (arrêt *Handyside* précité, p. 24, par. 52).

Dans la présente affaire la Cour doit examiner si la Chambre des Lords était "en droit de croire" que la publication de l'article en question aurait des répercussions préjudiciables à la bonne administration de la justice au regard des actions pendantes à l'époque devant le juge.

Selon la majorité de nos collègues, la marge d'appréciation des autorités nationales relative aux questions concernant la protection de l'autorité du pouvoir judiciaire devrait être plus étroite que la marge d'appréciation qui, selon l'arrêt *Handyside*, doit leur être attribuée au sujet des questions concernant la protection de la morale. La notion d'"autorité du pouvoir judiciaire" serait beaucoup plus objective que celle de "morale" et une assez grande concordance de vues ressortirait, en ce qui concerne la première, du droit interne et de la pratique des États contractants; cette concordance se refléterait dans une série de clauses de la Convention – dont l'article 6 (art. 6) – qui n'ont pas d'équivalent pour la morale (paragraphe 59 de l'arrêt).

Nous ne pouvons pas partager cette opinion.

Même s'il existe, quant à la substance de l'article 6 (art. 6), une assez grande concordance de vues entre les États contractants, il n'en demeure pas moins que les institutions judiciaires et la procédure peuvent différer profondément d'un pays à l'autre. La notion d'autorité du pouvoir judiciaire, contrairement à ce qu'admet la majorité de la Cour, n'est donc nullement dégagée des contingences nationales et ne saurait être appréciée d'une façon uniforme. On notera du reste que la présente affaire ne porte pas sur une matière réglée à l'article 6 (art. 6), mais qu'elle concerne la question de savoir si la publication de certaines

appréciations et affirmations déterminées, relatives à un litige qui se trouve sub judice, pourrait être nuisible ou non à la bonne administration de la justice. Celle-ci dépend, en sus de ce qui est mentionné à l'article 6 (art. 6), d'autres règles de procédure et du fonctionnement satisfaisant des institutions judiciaires.

Ce qui précède vaut tout autant pour les actes ou situations susceptibles de nuire au bon fonctionnement des institutions judiciaires, qui ne sauraient être appréciés que dans le contexte et à un moment spécifique de la vie nationale. Il appartient donc aux autorités nationales compétentes d'apprécier au premier chef la réalité du danger auquel est exposée l'autorité du pouvoir judiciaire et de juger quelles mesures restrictives sont nécessaires pour y parer. Les restrictions en question pourront être différentes selon le système juridique et les traditions du pays en cause. L'État concerné est libre de décider quelle est la méthode la plus apte à garantir l'autorité du pouvoir judiciaire, dans les limites qui se concilient avec les exigences d'une société démocratique (cf., mutatis mutandis, l'arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A no 6, pp. 34-35).

**10.** Au Royaume-Uni, les règles du contempt of court constituent l'un des moyens destinés à garantir le bon fonctionnement des institutions judiciaires. C'est en songeant à ces règles, on l'a dit, que les rédacteurs de la Convention ont introduit la notion de garantie de "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" (paragraphe 2 ci-dessus).

Le soin d'assurer le respect de ces règles appartient au juge national. A cet égard il nous apparaît incontestable que la Chambre des Lords est, en principe, plus qualifiée que notre Cour pour se prononcer, dans des circonstances de fait qu'elle a à apprécier, sur la nécessité d'une forme de restriction déterminée de la liberté d'expression, aux fins de garantir, dans une société démocratique, l'autorité du pouvoir judiciaire au Royaume-Uni même.

Cela ne saurait aller jusqu'à admettre que toute restriction de la liberté d'expression, jugée nécessaire par le juge national pour le respect desdites règles, doive aussi être considérée comme nécessaire au regard de la Convention.

Si l'on doit en principe respecter l'appréciation, par le juge national, des effets nuisibles que pourrait avoir une publication déterminée pour la bonne administration de la justice au Royaume-Uni, il est néanmoins possible que les mesures estimées nécessaires pour prévenir ces effets dépassent les limites que comporte la notion de "mesures nécessaires dans une société démocratique", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) (paragraphe 7 ci-dessus). La Cour, dans son contrôle, sera particulièrement attentive au respect de cet élément, fondamental dans le système de la Convention.



**11.** Comme il ressort des faits mentionnés aux paragraphes 11-14 de l'arrêt, le projet d'article interdit s'inscrivait dans un ensemble d'articles sur la tragédie des enfants mal formés, publiés régulièrement depuis 1967 dans la presse tant par le Sunday Times que par d'autres journaux. Ces publications étaient destinées d'une part à informer le public et d'autre part, tout au moins en ce qui concerne le Sunday Times, à exercer une certaine pression sur la Distillers pour qu'elle améliore dans l'intérêt des victimes ses offres de réparation.

Cette campagne de presse n'a pas rencontré de réaction qui ait abouti à des restrictions ou des sanctions judiciaires, quoiqu'un certain nombre d'actions introduites par les parents contre la Distillers pour obtenir des dommages-intérêts fussent pendantes à l'époque. La seule interdiction qui soit intervenue est celle de l'article, ici en cause, dont le projet fut communiqué par le Sunday Times au Solicitor-General pour s'assurer que sa publication ne constituerait pas un acte de contempt of court. Selon la Chambre des Lords qui en a jugé en dernière instance, c'était en raison du caractère très particulier de cet article, différant à cet égard des publications qui l'avaient précédé, que sa parution devait être jugée inadmissible, comme constituant un acte de contempt of court. Aux yeux des Law Lords ce caractère tenait au fait que l'article mentionnait un grand nombre de faits non publiés auparavant, concernant la question de savoir si la Distillers avait fait preuve de négligence. Il tendait à l'examen des éléments de preuve et le faisait d'une manière telle qu'il s'en dégageait une image donnant clairement l'impression que la Distillers avait été négligente. Ainsi la publication de l'article était de nature à donner lieu, sur cette question décisive pour des procédures sub judice, à un "jugement prématuré". Pareil jugement, qui entraînerait inévitablement des réponses de la Distillers et provoquerait un "trial by newspaper", compromettrait le déroulement normal des procédures en cours devant le juge.

Selon certains Law Lords, l'article constituait également un acte de contempt of court parce qu'il exerçait une pression sur la Distillers pour l'inciter à régler l'affaire et à s'abstenir d'utiliser ses moyens de défense. Plusieurs Lords ont aussi exprimé l'opinion selon laquelle pendente lite tout "jugement prématuré" serait répréhensible, même abstraction faite du préjudice qu'un tel jugement pourrait effectivement causer. Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner ces motifs parce que selon nous il ne paraît pas qu'ils ont été décisifs pour l'arrêt. Dans la présente affaire, la publication en question concernait spécialement des points de fait importants pour l'appréciation de l'accusation de négligence et pour la preuve à l'appui de ce reproche. Ce sont notamment des publications de l'espèce qui comportent le danger que la décision de la Chambre des Lords avait pour objet de prévenir.

C'est pourquoi nous estimons que la Chambre des Lords, sur la base des éléments soumis à son appréciation, était "en droit de croire" que la publication de l'article en question aurait sur les instances en cours des répercussions compromettant la bonne administration de la justice et l'autorité du pouvoir judiciaire. En effet, le juge national se trouve certainement mieux placé que la Cour pour apprécier la question de savoir si, dans un cas déterminé, une publication concernant un litige qui se trouve sub judice comporte un "jugement prématuré" et le risque de "trial by newspaper".

**12.** Les requérants ont soutenu devant la Cour que les actions des parents contre la Distillers étaient à l'époque "en sommeil". Dans son rapport sur la présente affaire, la Commission européenne des Droits de l'Homme a considéré, d'une part, qu'il était peu probable que la plupart des actions en cours de négociation donnent lieu à jugement et, d'autre part, qu'en ce qui concerne les actions engagées par les parents qui par principe n'entendaient pas accepter de règlement, une décision judiciaire ne pouvait être escomptée dans un avenir prévisible.

Or l'appréciation de l'état des actions en question dépendait de ce que l'on pouvait attendre à l'époque du développement des négociations, de la probabilité d'un règlement, de l'éventualité que certains des parents accepteraient celui-ci et retireraient leurs actions tandis que d'autres les maintiendraient, et en général de la question de savoir quelles étaient les perspectives plus ou moins certaines et plus ou moins proches soit d'un règlement, soit d'une décision judiciaire.

Pour une telle appréciation qui portait sur un grand nombre non seulement de faits existant à l'époque mais aussi de procédures, le juge national, ici aussi, doit être considéré comme, en principe, mieux placé que la Cour (arrêt *Handyside* précité, p. 22, par. 48). Or à notre avis la Chambre des Lords était "en droit de croire" que dans la situation existante les actions en question ne pouvaient pas être regardées comme "en sommeil".

**13.** Les considérations précitées nous amènent à conclure qu'on doit accepter comme raisonnables tant l'évaluation, par le juge national, de la gravité du danger de voir la publication de l'article en question compromettre la bonne administration de la justice que son appréciation de la nécessité de la mesure à prendre dans le cadre du droit interne.

Ainsi qu'on l'a déjà relevé (paragraphe 8 et 10 ci-dessus), c'est pourtant à la Cour qu'il appartient d'apprécier si, sur la base de cette évaluation, l'interdiction de la publication était proportionnée au but légitime poursuivi et peut être considérée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2).

Cette appréciation implique que la Cour doit tenir compte non seulement des intérêts de la justice, qui selon le juge national rendaient l'interdiction nécessaire à l'époque, mais également des conséquences de cette mesure pour la liberté de la presse, qui figure parmi les libertés garanties par la Convention comme l'un des fondements essentiels d'une "société démocratique" et l'une des conditions primordiales de son progrès et de son épanouissement (cf., mutatis mutandis, l'arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 49).

Or la publication interdite concernait un désastre touchant à l'intérêt général au plus haut degré. Comme la Commission l'a fait observer à bon droit, en pareil cas l'appréciation de la négligence acquiert un caractère d'intérêt public: l'examen des responsabilités ainsi que l'information du public répondent assurément au rôle de la presse.

Mais on ne saurait perdre de vue que la restriction de la liberté de la presse résultant de la décision de la Chambre des Lords n'équivalait pas à une interdiction générale de traiter de la tragédie et de la thalidomide: la portée de l'interdiction était limitée quant à son objet et quant à sa durée.

**14.** L'objet de l'interdiction faite au *Sunday Times* était en effet de publier des articles "jugant prématurément" la question de la négligence et portant des appréciations sur les éléments de preuve des faits qui faisaient l'objet des actions en cours.

La liberté de publier d'autres informations et de porter des jugements sur d'autres aspects de l'affaire restait entière et rien n'empêchait le *Sunday Times* de continuer ses publications en évitant de former des "jugements prématurés" sur la question de la négligence et de traiter des éléments de preuve à cet égard. Cela valait notamment tant pour la critique du droit anglais de la responsabilité du fait des produits que pour l'appréciation de l'affaire du point de vue de la morale. Il paraît difficile de justifier l'opinion exprimée dans l'arrêt, selon laquelle cette limite revêtirait un caractère artificiel (paragraphe 66 de l'arrêt).

En outre, l'idée figurant dans l'arrêt et selon laquelle la publication de l'article du *Sunday Times* s'imposait comme l'unique moyen permettant d'informer complètement des faits les familles des victimes, nous semble inexacte car il apparaît qu'elles étaient conseillées par un cabinet de sollicitors qui devait être au courant des éléments essentiels de la cause. Tout donne à penser que le *Sunday Times* a obtenu ses informations de ces sollicitors (paragraphe 16 de l'arrêt).

**15.** Quant à la durée de l'interdiction, il importe d'observer que la mesure adoptée avait seulement pour but d'éviter que pendant un certain temps des publications prématurées puissent nuire à la bonne administration de la justice dans un procès donné. Selon la Chambre des Lords la nécessité de l'interdiction de la publication de l'article résultait de l'état des actions

en cours tel qu'il existait à l'époque de sa décision. Les Lords ont prévu la possibilité que la situation évolue, qu'avant même la clôture définitive desdites actions l'équilibre entre l'intérêt de la justice et celui de la liberté de la presse soit modifié et que l'ordonnance d'injonction soit rapportée. L'observation de Lord Reid est à cet égard déterminante: "Le but des règles du contempt n'est pas d'empêcher la publication de tels documents mais de l'ajourner. Les informations dont nous disposons nous permettent d'espérer que les grandes lignes du règlement de cette controverse malheureuse dans son ensemble seront bientôt définies. Il devrait alors être possible d'autoriser la publication de ces documents. Mais si les choses traînent tellement en longueur que l'on n'ait pas de perspectives proches soit d'un règlement, soit d'une procédure suivie d'une décision judiciaire, j'estime qu'alors nous devons réapprécier l'intérêt public dans cette situation exceptionnelle" ([1974] A.C. 301). Il faut aussi tenir compte de l'observation de Lord Cross of Chelsea selon lequel "les défendeurs (le Sunday Times) ont la faculté de faire rapporter l'injonction s'ils considèrent qu'en raison des faits existant alors, ils peuvent persuader le tribunal que rien ne justifie son maintien" (ibidem, p. 325).

Il ne ressort pas du dossier que les requérants aient engagé une telle action avant que l'ordonnance fût effectivement rapportée à la demande de l'Attorney-General parce que l'intérêt public n'exigeait plus le maintien de l'interdiction. En effet, la situation de l'affaire de la thalidomide s'était alors modifiée. Après approbation du règlement conclu par la majorité des parents avec la Distillers, l'ordonnance n'était restée en vigueur que pour quelques actions, mais il est apparu après un certain temps que ces actions n'étaient plus poursuivies avec diligence.

Nous n'avons pas de raisons suffisantes de penser que la situation aurait justifié de rapporter plus tôt l'ordonnance. Comme il a déjà été observé, il n'apparaît pas que les requérants eux-mêmes aient demandé une telle décision.

**16.** A la lumière des considérations ci-dessus exposées nous concluons que l'ingérence dans la liberté d'expression, jugée par le juge national comme nécessaire en l'espèce dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice selon les règles du contempt of court, n'a pas excédé les limites de ce qui peut être considéré comme une mesure nécessaire dans une société démocratique pour garantir "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2).

Sur la base des éléments dont la Cour dispose, nous estimons que nul manquement aux exigences de l'article 10 (art. 10) ne se trouve établi.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE ZEKIA

### Première partie

En l'espèce, pour interpréter l'article 10 paras. 1 et 2 (art. 10-1, art. 10-2) de la Convention et l'appliquer à la publication envisagée du projet d'article du Sunday Times, relatif à la situation des victimes de la thalidomide, nous devons nous axer sur l'objet et la portée des dispositions pertinentes de la Convention.

Nous avons eu un compte rendu complet des faits; les documents s'y rapportant ont été produits. Les questions juridiques et décisions judiciaires y relatives ont été mentionnées. Les comparants ont développé leurs vues de façon exhaustive dans leurs mémoires et contre-mémoires comme dans leurs plaidoiries. La Cour en a eu le bénéfice avant d'accomplir sa fonction judiciaire.

Deux problèmes essentiels sont à trancher sur le terrain de l'article 10 (art. 10). Je les énoncerai en deux questions.

### Première question

La restriction, imposée par une injonction, au droit à la liberté de publier le projet d'article dans le Sunday Times était-elle "prévues par la loi", eu égard à la portée et à l'objet de la Convention en général et de l'article 10 (art. 10) en particulier ?

### Deuxième question

Cette restriction était-elle "nécessaire", ainsi que l'exige l'article 10 par. 2 (art. 10-2), dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire et/ou à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ?

Une réponse affirmative à la question 1 est la condition sine qua non pour qu'il puisse être répondu dans le même sens à la question 2.

Ma réponse à la question 1 est négative. Je vais en donner les raisons aussi brièvement que possible.

**1)** Aux termes de l'article 1 (art. 1), "Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention". Au Titre I, l'article 10 par. 1 (art. 10-1) dispose: "Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)."

Pour apprécier le sens, la portée et l'objet des restrictions devant être prévues par la loi d'après le paragraphe 2 du même article 10 (art. 10-2), il ne faut pas oublier qu'il convient d'assurer, de posséder ou d'exercer d'une manière raisonnable le droit à la liberté d'expression reconnu à toute personne par le paragraphe précédent (art. 10-1). Les deux paragraphes sont interdépendants. Toute restriction touchant l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être prévisible dans une mesure raisonnable. On ne peut jouir ou user du droit à la liberté d'expression si la jouissance est conditionnée et soumise à une législation ou à une règle ou un principe débordant d'incertitudes, ce qui équivaudrait à une restriction induue et même à un déni de cette liberté d'expression. Les mots "prescribed by law" ou, en français, "prévues par la loi" visent donc, selon moi, une législation imposant des restrictions que l'on puisse raisonnablement déterminer. Elle peut revêtir la forme d'une loi ou d'une règle de common law fermement établie.

Je suis d'accord avec les requérants pour dire que la branche de la common law sur le contempt of court qui concerne les publications relatives aux procédures civiles en instance n'est pas prévue par la loi au regard du schéma et de l'objet des paragraphes 1 et 2 de l'article 10 (art. 10-1, art. 10-2) de la Convention. Je relève que dans son rapport la Commission est simplement partie de l'hypothèse que la restriction imposée aux requérants était prévue par la loi, et que le délégué principal a jeté le doute sur cette hypothèse au cours des audiences.

**2)** La réponse à la question de savoir si telle publication dans la presse et autres mass media constitue un contempt of court à propos d'une procédure civile en instance dépend des critères ou éléments d'appréciation à utiliser. On dispose de quantité de critères et de types d'éléments. Il n'existe pas de pratique établie ou uniforme quant au critère à adopter dans tel ou tel cas et le résultat peut changer avec l'élément retenu.

**3)** Les éléments et critères utilisés pour appliquer le droit du contempt à l'encontre des publications dans la presse sont si variés et subjectifs par nature qu'il est très difficile de prévoir dans un cas déterminé quel élément sera retenu et avec quel résultat.

Un exemple manifeste de l'incertitude et de l'état non satisfaisant du droit du contempt en ce qui concerne les articles de presse sur les procédures civiles en instance nous est fourni par la discordance des opinions des Law Lords sur l'article du Sunday Times du 24 septembre 1972 consacré à la tragédie de la thalidomide.

Pour Lord Diplock et Lord Simon l'infraction de contempt of court était constituée, alors que Lord Reid et Lord Cross concluaient à son absence.

L'interprétation d'un texte législatif peut, tout autant qu'une règle de common law, soulever des questions juridiques discutables, mais les choses sont différentes quand nous nous trouvons devant une branche de la common law - le contempt of court - qui n'est pas établie au point de pouvoir raisonnablement passer pour une partie fixée de la common law. Nous disposons de plusieurs principes qui se réfèrent à pareille branche du droit. Ils peuvent servir à interpréter une norme existante, mais non se substituer à une norme qui n'est pas promulguée ou établie en common law. Je doute fort que les seuls principes mis ensemble puissent équivaloir à une législation.

**4)** Des juges éminents et haut placés en Angleterre ont dit de la branche de la common law relative au contempt of court qu'elle est incertaine, incohérente et dépourvue de la clarté absolument nécessaire. Dans l'arrêt de la Chambre des Lords en l'espèce, Lord Reid a déclaré (voir page 294): "Je ne peux qu'approuver une affirmation, parue dans un rapport récent du groupe Justice sur 'The Law and the Press' (1965), selon laquelle la principale objection aux règles existantes quant au contempt of court est leur incertitude."

En portant témoignage devant la Commission Phillimore (voir cinquième partie, page 98) sur le moment à partir duquel une procédure civile en instance a des conséquences pour les publications dans la presse, Lord Denning a déclaré: "Je suis très partisan de préciser cet aspect. La presse hésite actuellement sur le point de savoir à quel moment elle devrait formuler des commentaires dans l'intérêt général. Il en est ainsi parce qu'elle est dans l'incertitude, en raison des profondes ambiguïtés du droit. Je pense qu'elle devrait savoir où elle en est."

Interrogé sur le point de savoir à partir de quel moment le droit du contempt of court devrait s'appliquer dans les procédures civiles, Lord Salmon a dit (ibid.): "A aucun moment, car selon moi le droit du contempt est absolument superflu. Je dis bien jamais. Et certainement pas dans une affaire jugée par un juge unique. Je pense que le droit de la diffamation par écrit permet de faire face à tout ce qu'on peut dire sur une affaire civile, et si un juge est influencé par ce qui est écrit ou déclaré, c'est qu'il n'est pas apte à être juge."

Dans la cinquième partie du rapport de la Commission Phillimore, consacrée au résumé des conclusions et recommandations, on lit à la page 92: "4) Le droit en vigueur comporte des incertitudes gênant et restreignant la liberté raisonnable d'expression (...). 5) L'incertitude porte notamment sur son champ d'application dans le temps: des publications risquent-elles de donner lieu à des poursuites quand un procès est imminent et, dans l'affirmative, à quelle période correspond cet adjectif ?"

Les questions de savoir à quel stade de la procédure civile la matière litigieuse doit être considérée comme sub judice ou le jugement des points

en litige comme imminent, ne peuvent recevoir une réponse précise à cause du manque de clarté du droit du contempt.

**5)** Il ne faut pas oublier que le contempt of court à l'étude est un délit pénal, dont l'auteur est passible d'une peine d'emprisonnement et d'une amende et/ou de l'obligation de verser un cautionnement comme garantie de bonne conduite. Cela étant, le principe fondamental exigeant qu'un délit ou un crime soit défini clairement et sans ambiguïté s'applique à l'infraction de contempt of court que nous examinons. La procédure sommaire suivie dans les affaires de contempt of court soulève une autre difficulté, celle de savoir dans quelle mesure cette procédure est compatible avec l'article 6 (art. 6) de la Convention.

**6)** Le droit de la presse à la liberté d'expression est incontestablement l'une des caractéristiques fondamentales d'une société démocratique et il est indispensable au maintien de la liberté et de la démocratie dans un pays. Par l'article 1 (art. 1) de la Convention, les Hautes Parties contractantes ont reconnu à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la Convention, et la liberté de la presse figure dans ce titre. L'exercice et la jouissance de ce droit ne peuvent être assurés ni menés à bien s'ils sont entravés et restreints par des règles ou principes juridiques que même un homme de loi qualifié ne peut prévoir ou déterminer.

Le principe du jugement prématuré, dégagé par la Chambre des Lords en l'espèce, ne résout pas le problème qui nous est soumis sur le terrain de l'article 10 (art. 10) de la Convention, et ce pour deux raisons :

a) Même si nous supposons que la Chambre des Lords a fixé le droit, la date précise qui compte pour apprécier si la branche de la common law relative au contempt of court était ou non prévue par la loi, est la date à laquelle le projet d'article du Sunday Times a été porté devant la Divisional Court, non celle où il l'a été devant les Law Lords. Au cours de leurs plaidoiries, les comparants ont mentionné l'autorité dont jouissait la Chambre des Lords quand elle a statué sur l'affaire en dernier ressort. Selon les requérants, les Law Lords ont, dans leur décision en l'espèce, donné de la branche du droit du contempt of court qui concerne les procédures civiles en instance une définition d'un caractère tout à fait novateur. Le gouvernement défendeur n'a pas souscrit à leurs vues.

Il n'appartient pas à notre Cour d'examiner si, siégeant en tant que juridiction interne de dernière instance, la Chambre des Lords a le pouvoir de modifier, compléter, refondre, élaborer ou améliorer la common law selon les exigences du moment et les circonstances.

On ne reconnaît pas que les Law Lords créent le droit: on prétend qu'ils se bornent à le déclarer. Cependant, dans son argumentation le conseil des



requérants a dit que c'est là une fiction et que la Chambre crée un droit nouveau.

Il peut cependant nous incomber de constater si la Chambre des Lords a, par sa décision en l'espèce, modifié ou complété la branche de la common law relative au contempt of court dont nous avons à connaître. En effet, si sa décision constitue en réalité une modification ou un complément de ce droit, l'article 7 (art. 7) de la Convention doit entrer en ligne de compte. Personnellement, je penche pour les vues exprimées par les requérants, mais je me borne à relever cet aspect de l'affaire, comme une autre source d'imprécision de la branche du contempt of court à l'étude.

b) Le principe du jugement prématuré ne fournit pas à la presse un guide raisonnablement sûr pour ses publications. La règle absolue indiquée par Lord Cross pour l'application du critère du jugement prématuré - ne pas se demander s'il existe un risque réel d'immixtion dans l'administration de la justice ou d'atteinte à celle-ci - entrave des publications inoffensives traitant incidemment de points litigieux et de moyens de preuve présentés dans une affaire pendante, de façon à empêcher un glissement progressif vers un procès dans la presse ou d'autres media. Il me semble s'agir d'une règle absolue très restrictive qu'il est difficile de concilier avec la liberté de la presse. Dans une affaire préoccupant le public comme la tragédie nationale de la thalidomide, il serait très difficile d'éviter de mentionner, d'une manière ou d'une autre, les points litigieux et les moyens de preuve se rapportant à une affaire pendante.

La diversité des critères adoptés en l'espèce par le Juge Widgery à la Divisional Court et par Lord Denning et ses collègues à la Court of Appeal, ainsi que le critère dégagé par la majorité de la Chambre des Lords, illustrent l'état non satisfaisant et mouvant des règles ou principes du contempt of court concernant les articles de presse dans des affaires civiles en instance. C'est particulièrement vrai lorsque les publications sont de bonne foi, ne déforment pas les faits et ne visent ni à gêner le cours de la justice ni à lui porter atteinte et, en outre, lorsque l'auteur de la publication invoque l'exactitude matérielle et que le sujet préoccupe le public.

#### Conclusion sur la première question

D'après moi, la branche de la common law qui concerne le contempt of court en matière de publications, dans la presse et autres media, sur des procédures civiles pendantes, était - du moins à l'époque pertinente - incertaine et non fixée - et impossible à déterminer même pour un juriste qualifié - à un point tel qu'elle ne pouvait être considérée comme une loi prévue au regard de la portée et de l'objet des articles 1 et 10 paras. 1 et 2 (art. 1, art. 10-1, art. 10-2) de la Convention. Dans son contexte, l'expression "prévue par la loi" ne signifie pas seulement "autorisée par la loi", mais vise nécessairement une loi qui décrive de façon

raisonnablement complète les conditions de l'imposition de restrictions aux droits et libertés consacrés par l'article 10 par. 1 (art. 10-1). Encore une fois, le droit à la liberté de la presse serait gravement touché si les hommes de presse ne pouvaient, en s'entourant d'une somme raisonnable de conseils juridiques et de précautions, s'informer, pour s'en prémunir, des risques et écueils qui les guettent en raison des imprécisions du contempt of court.

## Deuxième partie

### Deuxième question

L'injonction interdisant au Sunday Times de publier le projet d'article était-elle "nécessaire" dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire et/ou à la protection des droits d'autrui ?

Indépendamment de ma réponse à la première question, je répondrai aussi à cette question par la négative. J'ai toutefois moins de choses à dire sur le second point parce que je m'associe respectueusement aux principaux motifs énoncés dans l'arrêt de la majorité de la Cour.

Encore une fois, le droit de la presse à la liberté d'expression est indispensable dans une société démocratique; de même, il est d'une grande importance de garantir l'autorité et l'impartialité des tribunaux et de protéger les droits des parties qui ont recours à ceux-ci. A ce propos, je peux citer le jugement de Lord Morris, à la Chambre des Lords (page 302) :

"L'intérêt général de la communauté commande que l'autorité des tribunaux ne soit pas mise en péril et que le recours à ceux-ci ne fasse pas l'objet d'une ingérence injustifiée. Lorsqu'on réprime pareille ingérence injustifiée, ce n'est point parce que ceux chargés d'administrer la justice se préoccupent de leur dignité personnelle, mais parce que la structure même de la vie ordonnée est en danger si les tribunaux reconnus du territoire sont si bafoués que leur autorité décline et se trouve supplantée. Mais comme les tribunaux ont pour but de préserver la liberté dans le cadre du droit pour tous les membres de la communauté respectueux de la loi, il est évident qu'ils ne doivent jamais imposer à la liberté d'expression, de discussion ou de critique d'autres limites que celles absolument nécessaires." (c'est moi qui souligne)

Tout en étant d'accord avec les déclarations ci-dessus de Lord Morris, lorsque j'applique les indications qui y figurent aux faits de la cause j'arrive, en ma qualité de membre de la Cour européenne des Droits de l'Homme, à une conclusion différente.

Quand il s'agit d'apprécier la nécessité requise pour imposer des restrictions aux droits aux libertés énoncées à l'article 10 (art. 10) de la

Convention, les critères de la Cour peuvent parfois s'écarter de ceux adoptés par les tribunaux nationaux.

Certes, il faut garder à l'esprit le principe de la marge d'appréciation déjà consacré dans la jurisprudence de la Cour et l'appliquer au système judiciaire national, mais le fossé entre les deux systèmes et les normes adoptées pour l'exercice des droits aux libertés couvertes par la Convention peut être trop large pour être comblé par le principe susmentionné.

Toutes les fois qu'elle le juge raisonnable et faisable, la Cour doit établir une norme internationale européenne uniforme pour la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention; ce qui pourrait s'opérer progressivement, lorsque l'occasion se présente et compte pleinement et dûment tenu des systèmes juridiques nationaux.

Le préambule de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales contient des mentions en ce sens. Il dispose que les Gouvernements signataires :

"(...)

Considérant que [la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme] tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés;

(...)

Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament;

Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle;

Sont convenus de ce qui suit:"

- suivent les articles de la Convention.

Dans les systèmes juridiques des États continentaux qui sont les signataires originaires de la Convention il n'existe, à ma connaissance, rien de semblable à la branche de la common law du contempt of court - avec sa procédure sommaire - concernant les publications qui se rapportent à des procédures civiles en instance. Malgré cela, ces pays réussissent à garantir l'autorité et l'impartialité de leur pouvoir judiciaire. Dois-je admettre l'idée que la situation est différente en Angleterre qu'il faut y maintenir telle quelle la common law du contempt of court en cause, vieille de plus de deux siècles, afin de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire? Les connaissances et l'expérience que j'ai acquises au cours de longues années de relations avec des juges et

tribunaux anglais me poussent à dire sans réserve que le pouvoir judiciaire en Angleterre est d'un niveau trop élevé pour être influencé par quelque publication dans la presse. J'avoue que mes dires peuvent être considérés comme dictés par un parti pris. En l'espèce nous n'avons très probablement affaire qu'à un juge professionnel. A ce propos, j'approuve les remarques de Lord Salmon que j'ai citées plus haut.

Certes, l'autorité judiciaire suprême en Angleterre a pleinement qualité pour juger des mesures juridiques à prendre pour garantir l'indépendance et l'autorité des tribunaux et les droits des parties comme pour maintenir clair et pur le cours de la justice, mais vu les critères et les éléments d'appréciation employés j'estime ne pas pouvoir dire, en tant que juge à la Cour européenne, que l'injonction interdisant la publication du projet d'article du Sunday Times était nécessaire au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention.

La publication de l'article envisagé n'avait pas pour but ou intention d'entraver ou de préjuger le cours de la justice ou les droits des parties. Il a été reconnu que l'article avait été écrit, en vue de la publication, de bonne foi et pour un juste motif. L'éditeur invoquait l'exactitude matérielle des faits relatés, et du reste elle n'était pas contestée. L'article avait pour sujet les victimes de la thalidomide. En raison de sa gravité, leur situation fut fréquemment qualifiée de tragédie nationale. Le reproche de négligence fait à la Distillers pour ne pas avoir essayé convenablement le médicament avant de le commercialiser a été formulé dans l'article et c'est là, en réalité, l'aspect de l'article qui paraît le plus contestable. Toutefois, des discussions et commentaires relatifs à la question de la négligence avaient été diffusés, directement ou indirectement, dans la presse depuis dix ans et la question avait donné lieu à un débat au Parlement qui n'a pas regardé les points en cause comme sub judice. Je ne pense donc pas que des pressions se seraient indûment exercées sur la Distillers pour l'amener à renoncer à ses moyens de défense au cas où l'affaire serait passée en jugement. Si le médicament avait été convenablement essayé avant la commercialisation, elle aurait pu aisément le prouver et réfuter l'allégation de négligence.

Vu la longue période d'inactivité qui s'était écoulée, on peut sérieusement se demander si le jugement de la procédure en instance était imminent ou non.

Lorsque la nécessité se présente, il faut sans aucun doute prendre des mesures pour empêcher un glissement vers un procès dans la presse, mais en l'absence de preuves d'une pareille tendance je n'admettrais pas qu'on se laisse guider par des possibilités abstraites ou agisse au nom d'un principe dont l'application ne répond pas à un besoin suffisant. En outre, comme il est dit dans le résumé de la position de Lord Denning à la Court of Appeal (paragraphe 25 de l'arrêt de la Cour européenne): "Il ne faut pas tolérer un 'procès dans la presse'. Toutefois, il y a lieu de mettre

en balance l'intérêt du public pour un sujet de préoccupation nationale avec l'intérêt des parties à l'équité du procès ou du règlement; en l'espèce, l'intérêt public à une discussion pesait plus lourd que le risque de léser une partie (...). Même en septembre 1972, le projet d'article n'aurait pas constitué un contempt: il commentait de bonne foi une question d'intérêt public (...)." Si la publication envisagée de l'article en question avait pu comporter un risque grave et réel d'immixtion dans l'administration de la justice ou d'atteinte à celle-ci, j'aurais répondu par l'affirmative à la deuxième question.

Lorsque les circonstances l'exigent, il faut sans aucun doute mettre en balance la liberté de la presse et autres mass media avec la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire. Elles sont toutes deux fondamentales dans une société démocratique et essentielles à l'intérêt public. Il convient d'éviter tout conflit entre elles. C'est au pouvoir judiciaire qu'il appartient au premier chef d'éviter pareil conflit et de maintenir l'équilibre, grâce à des critères indiqués par la loi et appliqués par les tribunaux. Voilà pourquoi je mets l'accent sur les éléments d'appréciation utilisés pour l'application de la branche de la common law du contempt of court qui concerne la presse.

Au risque de me répéter, je dirai que la Cour ne doit pas hésiter à énoncer, lorsque les circonstances l'exigent, une série de principes destinés à servir de modèle et de dénominateur commun pour le respect des libertés et les limitations qu'il est permis de leur imposer aux termes et dans le cadre de la Convention.

Je ne puis m'empêcher d'affirmer que les normes auxquelles les éditeurs de journaux se conforment traditionnellement en Angleterre pour accomplir leurs devoirs et exercer leurs responsabilités envers le public et des autorités nationales et pour communiquer des informations exactes à leurs lecteurs, peuvent sans peine se comparer à celles de leurs collègues continentaux. Il est donc difficile de comprendre l'opportunité d'imposer des limitations plus étendues à la liberté de la presse en Angleterre en maintenant une branche anachronique du droit du contempt.

M'écartant une nouvelle fois de mon chemin, je prends la liberté de conclure mon opinion séparée par les remarques suivantes :

La patrie de la Magna Carta, du Bill of Rights et des principes fondamentaux de la justice - consacrés dans le système judiciaire anglo-saxon et pour l'essentiel déjà incorporés dans les articles de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales - peut, à mon humble avis, aisément se passer de toute la branche de la common law du contempt of court que nous examinons, ou modifier cette partie du droit du contempt of court dans le sens indiqué par le rapport de la Commission Phillimore.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE O'DONOGHUE

Je me rallie aux conclusions de l'opinion séparée de M. le juge Zekia et à son raisonnement sur les questions 1 et 2.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE EVRIGENIS

Bien qu'ayant voté sur tous les points du dispositif de l'arrêt avec la majorité de la Cour, j'estime que l'ingérence, telle qu'elle a été juridiquement tracée par la décision de la Chambre des Lords, ne pouvait pas être considérée comme "prévues par la loi" au sens de la Convention.

Les restrictions du droit à la liberté d'expression que prévoit le paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), constituent des exceptions à l'exercice de ce droit. A ce titre, non seulement elles appellent une interprétation étroite (arrêt *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A no 28, p. 21, par. 42, cité au paragraphe 65 de l'arrêt rendu en l'espèce), mais elles supposent également une définition juridique nationale suffisamment précise et certaine, permettant à quiconque exerce sa liberté d'expression d'agir avec une certitude raisonnable quant aux conséquences de ses actes sur le plan du droit.

Il serait difficile d'affirmer que la sanction prise contre les requérants remplissait cette condition. Si le droit du contempt of court est souvent critiqué au Royaume-Uni dans la littérature et la jurisprudence, ainsi que dans les rapports de différentes commissions d'étude ou de réforme (cf. Report of the Committee on Contempt of Court, 1974, Cmnd. 5794, par. 216, alinéas 4 et 5) pour son incertitude, son application par la Chambre des Lords en l'espèce, à travers le "principe du jugement prématuré" (voir le dispositif de l'arrêt de la Chambre), a mis en relief ce caractère. Il est significatif que, d'une part, la majorité de la Commission a hésité à trancher directement le fond de cette question (rapport de la Commission, par. 205) et que, d'autre part, les références contenues dans l'arrêt de la Cour à l'appui de la thèse selon laquelle l'ingérence fondée sur la décision de la Chambre des Lords était "prévues par la loi", sont peu convaincantes. Deux précédents sont, en particulier, cités dans l'arrêt de la Cour (paragraphe 51 et 52). Le premier, *Vine Products Ltd. v. Green* (1966), fondé sur le "principe des pressions", fut à plusieurs reprises critiqué par les Law Lords au regard de la présente affaire. Le second, *Hunt v. Clarke* (1889), ne paraît pas avoir motivé la décision de la Chambre des Lords dans la définition du "principe du jugement prématuré". D'un autre côté, il est remarquable que ce principe n'a servi de base juridique à aucune des décisions rendues en l'affaire par les autres juridictions anglaises, y compris la décision de la Divisional Court qui en 1976, trois ans après l'arrêt de la Chambre des Lords, a révoqué l'injonction. Si, par conséquent, on devait conclure que le principe ayant justifié en droit interne l'ingérence paraît novateur (cf. C.J. Miller, dans *The Modern Law Review*, vol. 37 (1974), p. 98), sa mise en oeuvre par la juridiction suprême nationale se révèle incompatible avec les exigences de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention.

Certes, nul ne saurait méconnaître les particularités d'un système juridique national dans la formation duquel la jurisprudence est

traditionnellement appelée à jouer un rôle éminent; ni, non plus, perdre de vue que la définition des restrictions visées à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention use de notions indéterminées qui ne vont pas toujours de pair avec l'existence de règles juridiques de conduite bien précises, certaines et prévisibles dans leur identification jurisprudentielle. Il n'en reste pas moins que la Cour se devait d'être plus prudente avant d'adopter une interprétation généreuse de la phrase "prévues par la loi", interprétation qui aurait pour conséquence d'affaiblir le principe de la prééminence du droit et d'exposer une liberté fondamentale, essentielle pour la société démocratique visée par les rédacteurs de la Convention, au danger d'ingérences inconciliables avec la lettre et l'esprit de celle-ci.<sup>26</sup> £ 78.



Conseil d'État français  
Commune de Morsang-sur-Orge contre Fun Production  
Arrêt 136727  
27 octobre 1995



REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête enregistrée le 24 avril 1992 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la commune de Morsang-sur-Orge, représentée par son maire en exercice domicilié en cette qualité en l'hôtel de ville ; la commune de Morsang-sur-Orge demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement du 25 février 1992 par lequel le tribunal administratif de Versailles a, à la demande de la société Fun Production et de M. X..., d'une part, annulé l'arrêté du 25 octobre 1991 par lequel son maire a interdit le spectacle de "lancer de nains" prévu le 25 octobre 1991 à la discothèque de l'Embassy Club, d'autre part, l'a condamnée à verser à ladite société et à M. X... la somme de 10 000 F en réparation du préjudice résultant dudit arrêté ;

2°) de condamner la société Fun Production et M. X... à lui verser la somme de 10 000 F au titre de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des communes et notamment son article L. 131-2 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de Mlle Laigneau, Maître des Requêtes,
- les observations de Me Baraduc-Bénabent, avocat de la commune de Morsang-sur-Orge et de Me Bertrand, avocat de M. X...,
- les conclusions de M. Frydman, Commissaire du gouvernement ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 131-2 du code des communes :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique » ;

Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ;

Considérant que l'attraction de « lancer de nain » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ;

Considérant que, pour annuler l'arrêté du 25 octobre 1991 du maire de Morsang-sur-Orge interdisant le spectacle de « lancer de nains » prévu le même jour dans une discothèque de la ville, le tribunal administratif de Versailles s'est fondé sur le fait qu'à supposer même que le spectacle ait porté atteinte à la dignité de la personne humaine, son interdiction ne pouvait être légalement prononcée en l'absence de circonstances locales particulières ; qu'il résulte de ce qui précède qu'un tel motif est erroné en droit ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens invoqués par la société Fun Production et M. X... tant devant le tribunal administratif que devant le Conseil d'Etat ;

Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause ;

Considérant que le maire de Morsang-sur-Orge ayant fondé sa décision sur les dispositions précitées de l'article L. 131-2 du code des communes qui justifiaient, à elles seules, une mesure d'interdiction du spectacle, le moyen tiré de ce que cette décision ne pouvait trouver sa base légale ni dans l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni dans une circulaire du ministre de l'intérieur, du 27 novembre 1991, est inopérant ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a prononcé l'annulation de l'arrêté du maire de Morsang-sur-Orge en date du 25 octobre 1991 et a condamné la commune de Morsang-sur-Orge à verser aux demandeurs la somme de 10 000 F ; que, par voie de conséquence, il y a lieu de rejeter leurs conclusions tendant à l'augmentation du montant de cette indemnité ;

*Sur les conclusions de la société Fun Production et de M. X... tendant à ce que la commune de Morsang-sur-Orge soit condamnée à une amende pour recours abusif :*

Considérant que de telles conclusions ne sont pas recevables ;

*Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :*

Considérant qu'aux termes de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées de ces mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ;

Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à ce que la commune de Morsang-sur-Orge, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamnée à payer à la société Fun Production et M. X... la somme qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions au profit de la commune de Morsang-sur-Orge et de condamner M. X... à payer à cette commune la somme de 10.000 F au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société Fun Production à payer à la commune de Morsang-sur-Orge la somme de 10.000 F au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Versailles du 25 février 1992 est annulé.

Article 2 : Les demandes de la société Fun Production et de M. X... présentées devant le tribunal administratif de Versailles sont rejetées.

Article 3 : L'appel incident de la société Fun Production et de M. X... est rejeté.

Article 4 : La société Fun production est condamnée à payer à la commune de Morsang-sur-Orge la somme de 10.000 F en application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 5 : Les conclusions de la société Fun-Production et de M. X... tendant à l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la commune de Morsang-sur-Orge, à la société Fun Production, à M. X... et au ministre de l'intérieur.

Cour suprême du Canada  
Renvoi relatif à la sécession du Québec  
Affaire 25506  
20 août 1998





Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

**DANS L’AFFAIRE DE l’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26;**

**ET DANS L’AFFAIRE D’UN renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996**

**Répertorié: Renvoi relatif à la sécession du Québec**

Nº du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

Renvoi par le gouverneur en conseil

*Droit constitutionnel -- Cour suprême du Canada -- Compétence en matière de renvoi -- La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? -- Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 -- Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.*

*Tribunaux -- Cour suprême du Canada -- Compétence en matière de renvoi -- Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême -- Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? -- Les questions sont-elles justiciables? -- Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.*

*Droit constitutionnel -- Sécession d’une province -- Sécession unilatérale - - Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?*

*Droit international -- Sécession d’une province de la fédération canadienne -- Droit à l’autodétermination -- Principe de l’effectivité -- Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?*

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. L’Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'*amicus curiae* a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaidant que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est inconstitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

*Arrêt:* L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

#### (1) *La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi*

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entrerait en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exercer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d),

puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

## *(2) Question 1*

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il

n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

### (3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple»

empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans d'autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. L'État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

#### (4) Question 3

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, 1985 CanLII 33 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1976 CanLII 10 (CSC), [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, 1943 CanLII 39 (SCC), [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, 1967 CanLII 71 (SCC), [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, 1984 CanLII 132 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 1991 CanLII 74 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, 1983 CanLII 149

(CSC), [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, 1929 CanLII 72 (SCC), [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, 1992 CanLII 69 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, 1997 CanLII 317 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, 1926 CanLII 67 (SCC), [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, 1979 CanLII 169 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, 1981 CanLII 25 (CSC), [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, 1982 CanLII 219 (CSC), [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, 1985 CanLII 14 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, 1983 CanLII 25 (CSC), [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, 1993 CanLII 58 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, 1990 CanLII 65 (CSC), [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, 1957 CanLII 2 (SCC), [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, 1953 CanLII 3 (SCC), [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, 1950 CanLII 2 (SCC), [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, 1938 CanLII 1 (SCC), [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, 1991 CanLII 61 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, 1996 CanLII 163 (CSC), [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 CanLII 50 (SCC), [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, 1985 CanLII 74 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, 1987 CanLII 65 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, 1993 CanLII 100 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 125 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, 1996 CanLII 148 (CSC), [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, 1986 CanLII 66 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, 1993 CanLII 119 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, 1990 CanLII 133 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, 1990 CanLII 104 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, 1989 CanLII 73 (CSC), [1989] 2 R.C.S. 49.

## Lois et règlements cités

*Acte d'Union*, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 4].

Ala. Code 1975 § 12-2-10.

*Bill of Rights* de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.

*Charte des Nations Unis*, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 1(2), 55.

Constitution des États-Unis, art. III, § 2.

*Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Protocole n° 2, S.T. Europ. n° 5, p. 37.

Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).

*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25, 35, 52(1), (2).

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)a), d), (2).

*Magna Carta* (1215).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.

*Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 27].

*Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme* (1979), art. 2.

*Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6).

## **Doctrine citée**

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.

Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.

Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977.

Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.

de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.

Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.



MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *R. du B. can.* 155.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.

Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

*L. Yves Fortier, c.r., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, c.r., et Mary Dawson, c.r., pour le procureur général du Canada.*

*André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard et Martin St-Amant, pour l' amicus curiae.*

*Donna J. Miller, c.r., et Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

*Graeme G. Mitchell et John D. Whyte, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.*

*Stuart J. Whitley, c.r., et Howard L. Kushner, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.*

*Agnès Laporte et Richard Gaudreau, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.*

*Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe et Andrew Orkin, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).*

*Peter W. Hutchins et Carol Hilling, pour l'intervenante la Corporation Makivik.*

*Michael Sherry, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.*

*Raj Anand* et *M. Kate Stephenson*, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

*Mary Eberts* et *Anne Bayefsky*, pour l'intervenant *Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution*.

*Guy Bertrand* et *Patrick Monahan*, pour l'intervenant Guy Bertrand.

*Stephen A. Scott*, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

*Vincent Pouliot*, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

La Cour

## I. Introduction

**1.** Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, 1985 CanLII 33 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrons donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

**2.** Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du

Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

**3.** Avant d'aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

## II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

**4.** L'*amicus curiae* soutient que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, le champ d'application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu'il s'agit d'une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n'a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu'elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

**5.** Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d'avis que l'*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

### *A. La validité constitutionnelle de l'art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

**6.** Dans l'arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

**7.** L'article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d'appel pour l'ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l'expression «lois du Canada» à l'art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1976 CanLII 10 (CSC), [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l'expression «tribunaux additionnels» figurant à l'art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l'examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L'article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d'appel» pour le Canada.

**8.** L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l'art. 101 si, de par son «caractère véritable», cette disposition législative concerne la création ou l'organisation d'une «cour générale d'appel». L'article 53 comporte deux volets principaux -- il investit notre Cour d'une compétence de première instance et lui impose l'obligation de donner des avis consultatifs. L'article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d'appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d'appel» peut à bon droit exercer d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) Une cour d'appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

**9.** Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d'appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu'une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel.

**10.** La Cour d'appel d'Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d'appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d'appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement

qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

**11.** On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

## (2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

### **12.** *L'amicus curiae* soutient

ou bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

**13.** Cependant, la Cour suprême des États-Unis n'a pas conclu qu'elle n'était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu'aucun pouvoir exprès à cet effet n'était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l'art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («cases») ou «différends» («controversies») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n'est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins -- l'Alabama et le Delaware -- la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

**14.** En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l'examen des affaires constitutionnelles. L'existence d'un différend concret mettant en jeu des droits individuels n'est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d'une nouvelle règle de droit, une [traduction] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole n° 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. n° 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, art. 2. Il n'existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu'une cour de justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

**15.** Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide.

#### B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

**16.** Les passages pertinents de l'art. 53 disposent:

**53.** (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

...

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être importantes quand elles sont ainsi déferées à la Cour par le gouverneur en conseil.

**17.** On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n'entrent pas dans le champ d'application de cet article.

**18.** Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). La question 1 et la question 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

**19.** Toutefois, l'*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l'égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d'application de l'art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu'il décrit comme étant une question de droit international «pur».

**20.** Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n'est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d'examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l'avenir de la fédération canadienne.

**21.** Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne.

**22.** Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, 1943 CanLII 39 (SCC), [1943]

R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, 1967 CanLII 71 (SCC), [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, 1984 CanLII 132 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 86).

**23.** En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable.

### C. La justiciabilité

**24.** On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard :

- (1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;
- (2) les questions ne sont pas justiciables parce qu'elles sont de nature politique;
- (3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l'objet d'un recours judiciaire.

**25.** Dans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d'être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d'un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d'un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui



pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l'objet d'un recours judiciaire.

**26.** Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d'un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d'un renvoi, pour décider de l'opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s'attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s'il vise à trancher des droits pouvant faire l'objet d'un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s'il s'agit d'un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l'avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 1991 CanLII 74 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

Quoiqu'une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu'en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [. . .] En s'enquérant du rôle qu'elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu'on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

- (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou
- (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise: l'interprétation du droit.

**27.** Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l'*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L'analogie qu'on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s'applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et

obligations tant des Canadiens qui vivent à l'extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

**28.** Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques. Si cela n'est pas possible, la Cour peut refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre.

**29.** Enfin, il reste l'argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu'elles peuvent faire l'objet d'un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique.

**30.** De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu'il soit possible d'y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, 1983 CanLII 149 (CSC), [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, 1929 CanLII 72 (SCC), [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, 1992 CanLII 69 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, 1997 CanLII 317 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n'ont pas fourni suffisamment d'information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, 1926 CanLII 67 (SCC), [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, 1979 CanLII 169 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

**31.** Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d'interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d'y répondre, la Cour est guidée par l'approche préconisée par la majorité à l'égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il

lui est loisible d'interpréter la question [. . .] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d'y répondre.

### III. Les questions du renvoi

#### A. *Question 1*

L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

##### (1) Introduction

**32.** Comme nous l'avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, 1982 CanLII 219 (CSC), [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites -- et écrites --», comme nous l'avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents

pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

## (2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

**33.** Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

**34.** Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrirons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.

**35.** La Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel. Elle ne résulte pas d'un *fiat* impérial. En mars 1864, un comité spécial de l'Assemblée législative de la province du Canada, présidé par George Brown, commence à examiner les possibilités de réforme constitutionnelle. Dans son rapport, déposé en juin 1864, le comité recommande l'établissement d'une union fédérale formée du Canada-Est, du Canada-Ouest et peut-être d'autres colonies britanniques en Amérique du Nord. Un groupe de réformistes du Canada-Ouest, dirigés par Brown, se joint à Étienne P. Taché et John A. Macdonald dans un gouvernement de coalition afin d'entreprendre une réforme constitutionnelle selon le modèle fédéral proposé dans le rapport du comité.

**36.** Une occasion se présente rapidement de donner suite au projet d'union fédérale. Les leaders des colonies des Maritimes projettent en effet de se rencontrer à Charlottetown à l'automne pour discuter à nouveau de l'union des Maritimes. La province du Canada obtient l'invitation d'une délégation canadienne. Le 1<sup>er</sup> septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à

Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

**37.** Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus.

**38.** Comme il reste plusieurs questions à régler, les délégués de Charlottetown conviennent de se réunir de nouveau à Québec en octobre et d'inviter Terre-Neuve à y envoyer une délégation. La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l'Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province»). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.

**39.** Légalement, il ne reste qu'à mettre les Résolutions de Québec sous une forme appropriée et à les faire adopter par le Parlement impérial à Londres. Politiquement, toutefois, on estime qu'il reste davantage à faire. De fait, la résolution 70 dit ceci: «L'on devra réclamer la sanction du parlement impérial et des parlements locaux, pour l'union des provinces, sur les principes adoptés par la convention.» (*Débats parlementaires sur la question de la Confédération* (1865), à la p. 5 (nous soulignons).)

**40.** La confirmation des Résolutions de Québec est obtenue plus facilement dans le Canada central que dans les Maritimes. En février et en mars 1865, les Résolutions de Québec sont débattues de façon soutenue pendant près de six semaines par les deux chambres de la législature canadienne. L'Assemblée législative canadienne approuve les Résolutions de Québec en mars 1865, avec l'appui d'une majorité de députés tant du Canada-Est que du Canada-Ouest. Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard et celui de Terre-Neuve choisissent, conformément au sentiment populaire dans ces colonies, de ne pas donner leur assentiment aux Résolutions de Québec. Au Nouveau-Brunswick, une

élection générale doit être tenue avant que le parti pro-confédération du premier ministre Tilley l'emporte. En Nouvelle-Écosse, le premier ministre Tupper obtient finalement une résolution de la Chambre d'assemblée en faveur de la Confédération.

**41.** Seize délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse et six de la province du Canada) se rencontrent à Londres, en décembre 1866, pour finaliser le projet de Confédération. À cette fin, ils conviennent d'apporter de légers changements et ajouts aux Résolutions de Québec. Des modifications mineures sont faites au partage des pouvoirs, on pourvoit à la nomination de sénateurs supplémentaires en cas d'impasse entre la Chambre des communes et le Sénat, et on accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'écoles confessionnelles. Le projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique est rédigé après la Conférence de Londres, avec l'aide du ministère britannique des Affaires coloniales, et déposé à la Chambre des lords en février 1867. L'Acte, adopté en troisième lecture à la Chambre des communes le 8 mars 1867, reçoit la sanction royale le 29 mars et est proclamé le 1<sup>er</sup> juillet de la même année. Le Dominion du Canada est devenu une réalité.

**42.** Il y a très tôt une tentative de sécession. Le parti du premier ministre Tupper est décimé dans la première élection fédérale en septembre 1867. Les députés opposés à la Confédération remportent 18 des 19 sièges fédéraux de la Nouvelle-Écosse, et 36 des 38 sièges à la législature provinciale au cours des élections provinciales tenues au même moment. Le premier ministre nouvellement élu, Joseph Howe, se rend au parlement impérial à Londres, à la tête d'une délégation, dans le but de faire annuler les arrangements constitutionnels, mais il est trop tard. Le ministère des Affaires coloniales rejette la requête du premier ministre Howe demandant que la Nouvelle-Écosse soit autorisée à se retirer de la Confédération. Voici ce qu'écrivit le secrétaire aux Affaires coloniales en 1868:

[traduction] La province voisine, le Nouveau-Brunswick, est entrée dans l'union en comptant sur la participation de la province-sœur, la Nouvelle-Écosse; de plus, de vastes obligations, politiques et commerciales, ont déjà été contractées sur la foi d'une mesure longuement négociée et adoptée solennellement. [...] Je suis confiant que l'Assemblée et les habitants de la Nouvelle-Écosse ne seront pas surpris du fait que le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne serait pas justifié de conseiller l'annulation d'une grande mesure étatique, qui a tant de conséquences considérables produisant déjà leurs effets . . .

(Propos cités dans H. Wade MacLauchlan, «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155, à la p. 168.)

L'interdépendance caractérisée par de «vastes obligations politiques et commerciales», dont fait mention le secrétaire aux Affaires Coloniales en

1868, s'est évidemment accrue de façon incommensurable au cours des 130 dernières années.

**43.** Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. Il est pertinent, dans le contexte du présent renvoi, de faire état des propos de George-Étienne Cartier (cités dans les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, *op. cit.*, à la p. 59):

Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. Il en est qui ont regretté qu'il y eut diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [. . .] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être.

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d'une seule et même nation en accordant d'importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d'édification d'une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d'objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

**44.** Le partage des pouvoirs au sein de la fédération nécessitait une constitution écrite délimitant les pouvoirs du nouveau Dominion et des provinces du Canada. Malgré sa structure fédérale, le nouveau Dominion allait être doté d'«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» (*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule). Malgré les différences évidentes dans les structures gouvernementales du Canada et du Royaume Uni, on estimait important néanmoins de souligner la continuité des principes constitutionnels, notamment les institutions démocratiques et la primauté du droit, ainsi que la continuité de l'exercice

du pouvoir souverain transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada.

**45.** Après 1867, la fédération canadienne continue à évoluer tant sur le plan territorial que sur le plan politique. De nouveaux territoires sont admis dans l'union et de nouvelles provinces sont formées. En 1870, la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest sont admis et le Manitoba est constitué en province. La Colombie-Britannique est admise en 1871 et l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, et les îles de l'Arctique sont ajoutées en 1880. Le territoire du Yukon, en 1898, et les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan, en 1905, sont taillés à même les Territoires du Nord-Ouest. Terre-Neuve est admise en 1949 par modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le nouveau territoire du Nunavut est découpé dans les Territoires du Nord-Ouest en 1993, cette partition prenant effet à compter d'avril 1999.

**46.** L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale. Le Canada a réalisé son indépendance de la Grande-Bretagne au moyen d'une évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité. La proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982* a éliminé les derniers vestiges de l'autorité britannique sur la Constitution canadienne et réaffirmé l'engagement du Canada envers la protection des droits des minorités et des autochtones, du droit à l'égalité, des droits linguistiques, des garanties juridiques et des libertés fondamentales énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

**47.** Pour assurer la continuité juridique, qui requiert un transfert ordonné des pouvoirs, les modifications de 1982 devaient être apportées par le Parlement de Westminster. Toutefois, la légitimité de ces modifications, par opposition à leur légalité formelle, découlait de décisions politiques prises au Canada, dans un cadre juridique que notre Cour avait déclaré conforme à la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif au rapatriement*. Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte*



*canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s'applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu'aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l'art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l'égalité (art. 15).

**48.** Nous estimons qu'il ressort de façon évidente, même d'un aussi bref rappel historique, que l'évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l'insistance sur le maintien par les gouvernements d'une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l'analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

### (3) L'analyse des principes constitutionnels

#### a) *La nature des principes*

**49.** Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution. Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.

**50.** Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la

nature même d'une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

**51.** Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

**52.** Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [traduction] «arbre vivant» selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens reconnaissent depuis longtemps l'existence et l'importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

**53.** Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l'opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l'un d'eux, l'indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d'incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, 1985 CanLII 14 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

**54.** Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au*

*rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d'autres termes», comme l'affirme notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

#### b) *Le fédéralisme*

**55.** On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4<sup>e</sup> éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4<sup>e</sup> éd. 1997), à la p. 120).

**56.** Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôler les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, 1983 CanLII 25 (CSC), [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribunaux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

**57.** Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons

confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

**58.** Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[traduction] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, 1993 CanLII 58 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d'un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l'application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, 1990 CanLII 65 (CSC), [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

**59.** Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former

la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

**60.** La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l'approche du nouveau millénaire.

### c) *La démocratie*

**61.** La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu'il ait à la fois un aspect institutionnel et un aspect individuel, le principe démocratique a été invoqué dans le présent renvoi au sens de suprématie de la volonté souveraine d'un peuple, potentiellement exprimée dans ce cas par les Québécois en faveur d'une sécession unilatérale. Il est utile d'étudier brièvement ces divers aspects du principe démocratique.

**62.** Le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle. Dans notre arrêt *SEFPO c. Ontario*, précité, à la p. 57, les juges de la majorité ont confirmé que «la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial». Il ressort d'une série plus ancienne de décisions émanant de notre Cour, notamment *Switzman c. Elbling*, 1957 CanLII 2 (SCC), [1957] R.C.S. 285, *Saumur c. City of Quebec*, 1953 CanLII 3 (SCC), [1953] 2 R.C.S. 299, *Boucher c. The King*, 1950 CanLII 2 (SCC), [1951] R.C.S. 265, et *Reference re Alberta Statutes*, 1938 CanLII 1 (SCC), [1938] R.C.S. 100, que, pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l'envisager comme l'assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi. C'est peut-être pour cette raison que ce principe n'est pas mentionné expressément dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru inutile, voire même saugrenu, aux rédacteurs. Comme l'explique le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 100, il est évident que notre Constitution établit au Canada un régime de démocratie constitutionnelle. Cela démontre l'importance des principes constitutionnels sous-jacents qui ne sont décrits expressément nulle part dans nos textes constitutionnels. Le caractère représentatif et démocratique de nos institutions politiques était tout simplement tenu pour acquis.

**63.** Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. L'évolution de notre tradition démocratique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, puis l'émergence d'institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIX<sup>e</sup> siècle et, finalement, l'avènement de la Confédération elle-même en 1867. «[L]e modèle canadien», selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales* (Sask.), 1991 CanLII 61 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est «une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective». Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés -- notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones -- se poursuivent avec un certain succès jusqu'à ce jour.

**64.** La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l'indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

**65.** En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage populaire. Selon *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 387, ces assemblées législatives sont des «élément[s] essentiel[s] du système de gouvernement représentatif». Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d'être candidat à ces élections, sont garantis à «[t]out citoyen canadien» en vertu de l'art. 3 de la *Charte*. La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable

et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu'électeurs (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, précité), et en tant que candidats (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, 1996 CanLII 163 (CSC), [1996] 2 R.C.S. 876). En outre, l'art. 4 de la *Charte* a pour effet d'obliger la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d'élire des représentants aux diverses institutions politiques. Le principe démocratique est énoncé de façon particulièrement claire puisque l'art. 4 n'est pas sujet à l'exercice du pouvoir dérogatoire de l'art. 33.

**66.** Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral. Aucune majorité n'est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu'expression de l'opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population. En même temps, le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique au sein de laquelle les citoyens poursuivent et réalisent des objectifs à l'échelle nationale, par l'intermédiaire d'un gouvernement fédéral agissant dans les limites de sa compétence. La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral.

**67.** L'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d'une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule «volonté

souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles.

**68.** Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [traduction] «un gouvernement [qui] repose en définitive sur l'expression de l'opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées» (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

**69.** La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement.

d) *Le constitutionnalisme et la primauté du droit*

**70.** Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 CanLII 50 (SCC), [1959] R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [traduction] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». Nous avons noté, dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806, que «[l]a règle de droit est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale». À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.



**71.** Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif». C'est principalement ce deuxième aspect de la primauté du droit qui était en cause dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* lui-même. Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l'a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d'une profonde importance constitutionnelle et politique.

**72.** Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, 1985 CanLII 74 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source.

**73.** Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

**74.** Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue

d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

**75.** L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté populaire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle.

**76.** Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les «lient» non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.

**77.** De cette façon, il est possible d'allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. L'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront.

**78.** On pourrait alors objecter que constitutionnalisme est par conséquent incompatible avec gouvernement démocratique. Ce serait faux. Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée.

e) *La protection des minorités*

**79.** Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. Notre Cour a signalé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, 1987 CanLII 65 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1173, et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, 1993 CanLII 100 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 529 et 530, que la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. Voir aussi *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 125 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402, et *Adler c. Ontario*, 1996 CanLII 148 (CSC), [1996] 3 R.C.S. 609. Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités, comme le mentionne l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, 1986 CanLII 66 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 564.

**80.** Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun

doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), 1993 CanLII 119 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 839, et *Mahe c. Alberta*, 1990 CanLII 133 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 342.

**81.** Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

**82.** Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La «promesse» de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, 1990 CanLII 104 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

#### (4) L'application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession

**83.** La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d'un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d'une entité territoriale de

la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu'un acte politique. La question 1 du renvoi nous demande de statuer sur la légalité d'une sécession unilatérale «en vertu de la Constitution du Canada». La question est appropriée puisqu'elle comporte l'examen de la légalité d'une sécession unilatérale, en premier lieu du moins, du point de vue de l'ordre juridique interne de l'État dont l'entité cherche à se séparer. Comme nous le verrons, on prétend aussi que le droit international pose une norme permettant d'apprécier la légalité de l'acte de sécession envisagé.

**84.** La sécession d'une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l'avis qu'une sécession entraînerait un changement d'une telle ampleur qu'il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n'en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n'autorise pas ni n'interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d'une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou qu'ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada.

**85.** La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en œuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l'a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, «[l]a Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement». La méthode par laquelle une telle volonté politique prendrait forme et serait mobilisée demeure quelque peu conjecturale. Toutefois, on nous demande de présumer l'existence d'une telle volonté politique aux fins de répondre à la question soumise. Les termes mêmes du renvoi nous demandent de déterminer si, constitutionnellement, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada dans de telles circonstances.

**86.** Le caractère «unilatéral» de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute

démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est «unilatérale». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire «unilatéralement» sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. Ce n'est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l'acte final de sécession unilatérale envisagée. Le fondement juridique d'un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référendum dans la province de Québec. Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession.

**87.** La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel, mais un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale. Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles. Dans ce contexte, nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu.

**88.** Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la

Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

**89.** En quoi consiste l'obligation de négocier? La réponse à cette question nous oblige à envisager les liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir, notamment la compétence des tribunaux et la réserve dont ils doivent faire preuve en la matière. La distinction faite entre la légalité et la légitimité des actes accomplis en vertu de la Constitution reflètent la nature de ces liens. Nous nous proposons de traiter d'abord des obligations qui résultent de cette obligation de négocier. Après avoir décrit la nature de ces obligations, il sera plus facile d'apprécier les moyens appropriés pour en assurer le respect et de commenter la distinction entre légalité et légitimité.

**90.** La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette proposition serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

**91.** Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner

effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

**92.** Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

**93.** Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.

**94.** Dans de telles circonstances, la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations.



**95.** Le refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation. Ceux qui, très légitimement, insistent sur l'importance du respect de la primauté du droit ne peuvent, en même temps, faire abstraction de la nécessité d'agir en conformité avec les principes et valeurs constitutionnels et ainsi de faire leur part pour contribuer à la préservation et à la promotion d'un cadre dans lequel la règle de droit puisse s'épanouir.

**96.** Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec. Comme le disait le Procureur général de la Saskatchewan dans sa plaidoirie:

[traduction] Une nation est construite lorsque les collectivités qui la composent prennent des engagements à son égard, quand elles renoncent à des choix et des possibilités, au nom d'une nation, [...] quand les collectivités qui la composent font des compromis, quand elles se donnent des garanties mutuelles, quand elles échangent et, peut-être plus à propos, quand elles reçoivent des autres les avantages de la solidarité nationale. Les fils de milliers de concessions mutuelles tissent la toile de la nation . . .

**97.** Dans ces circonstances, on ne peut douter que des négociations résultant d'un tel référendum seraient difficiles. Les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni certitude qu'il sera réellement possible de

parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.

**98.** Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

**99.** Comme nous l'avons souligné dans l'examen des objections préliminaires, la notion de justiciabilité est liée à la notion de réserve judiciaire appropriée. Nous citons plus haut cette allusion à la question de la justiciabilité dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, à la p. 545:

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

L'arrêt *Operation Dismantle*, précité, à la p. 459, souligne que la justiciabilité est une «doctrine [...] fondée sur une préoccupation à l'égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Un principe analogue de réserve judiciaire s'applique ici. L'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, 1989 CanLII 73 (CSC), [1989] 2 R.C.S. 49 (l'arrêt *Vérificateur général*), dit aussi, à la p. 91:

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l'exercice d'un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l'appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

**100.** Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l'intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d'évaluations d'ordre politique. La Cour n'a aucun rôle de surveillance à

jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.

**101.** Si les circonstances donnant lieu à l'obligation de négocier devaient survenir, l'analyse juridique ne permettrait pas non plus de faire la distinction entre la défense énergique d'intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains. La Cour n'aurait pas accès à toute l'information dont disposent les acteurs politiques, et les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées à une analyse en profondeur de négociations constitutionnelles. Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends.

**102.** La non-justiciabilité de questions politiques dénuées de composante juridique ne retire pas au cadre constitutionnel existant son caractère impératif et ne signifie pas non plus que les obligations constitutionnelles pourraient être violées sans entraîner de graves conséquences juridiques. Quand il existe des droits, il existe des réparations, mais comme nous l'expliquons dans *Vérificateur général*, précité, à la p. 90, et *New Brunswick Broadcasting*, précité, le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux.

**103.** Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en

réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté internationale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international.

**104.** Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes. Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution.

**105.** Il faut souligner que la question 1 ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale. Bien que la possibilité d'appliquer des procédures diverses pour réaliser la sécession ait été abordée dans les plaidoiries, chaque option exigerait que nous présumions l'existence de faits qui sont inconnus à ce stade. Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable.

(5) L'argument fondé sur le principe de l'effectivité

**106.** Dans ce qui précède, nous n'avons pas écarté le principe de l'effectivité qui a été au premier rang de l'argumentation soumise. Pour les raisons qui suivent, nous ne croyons pas que le principe de l'effectivité s'applique de quelque façon aux points soulevés par la question 1. Il faut bien faire la distinction entre le droit d'un peuple d'agir et son pouvoir d'agir. Ils ne sont pas identiques. Un droit est reconnu par la loi; la simple possibilité matérielle n'a pas nécessairement le statut de droit. Le fait qu'une personne ou un groupe puisse agir d'une certaine manière ne détermine aucunement la qualité ou les conséquences juridiques de l'acte. Un pouvoir peut être exercé même en l'absence d'un droit d'agir, mais ce pouvoir est alors exercé sans fondement juridique. Notre Constitution ne traite pas de pouvoirs dans ce sens-là. Au contraire, notre Constitution s'intéresse uniquement aux droits et obligations d'individus, de groupes et de gouvernements et à la structure de nos institutions. On a soutenu que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient réaliser unilatéralement la sécession de cette province du Canada, mais on n'a pas indiqué qu'ils pourraient la réaliser en droit: on a plutôt prétendu qu'ils pourraient simplement l'accomplir dans les faits. Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la reconnaissance par la communauté internationale. Les principes régissant la sécession en droit international sont analysés dans notre réponse à la question 2.

**107.** À notre avis, le principe de l'effectivité qui a été plaidé n'a aucun statut constitutionnel ou juridique en ce sens qu'il ne fournit pas d'explication ou de justification préalable à l'acte. L'acceptation d'un principe de l'effectivité reviendrait essentiellement à accepter que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peuvent agir sans tenir compte du droit, pour la simple raison qu'ils affirment avoir le pouvoir de le faire. Dans une telle perspective, on suggère en réalité que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient prétendre réaliser unilatéralement la sécession de la province du Canada dans le non-respect du droit canadien et international. On soutient en outre que, si le projet sécessionniste réussissait, un nouvel ordre juridique serait créé dans la province qui serait alors considérée comme un État indépendant.

**108.** Cette proposition est un énoncé de fait, ce n'est pas un énoncé de droit. Elle peut être ou ne pas être vraie; elle n'a de toute façon aucune pertinence quant aux questions de droit dont nous sommes saisis. Si, par contre, cette proposition est présentée comme un énoncé de droit, elle revient tout simplement à soutenir que l'on peut violer la loi tant que la

violation réussit. Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée.

## B. Question 2

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?

**109.** Pour les raisons discutées précédemment, la Cour n'accepte pas la prétention que la question 2 soulève une question de droit international «pur» sur laquelle elle n'a pas compétence. La question 2 est posée dans le contexte d'un renvoi touchant l'existence ou l'inexistence du droit d'une province du Canada de faire sécession unilatéralement. L'*amicus curiae* plaide que cette question doit ultimement être tranchée en vertu du droit international. Dans l'examen de cette question, la Cour ne prétend pas agir à titre d'arbitre entre États souverains ou, plus généralement, au sein de la communauté internationale. La Cour donne un avis consultatif sur certains aspects juridiques du maintien de l'existence de la fédération canadienne. Le droit international est un des facteurs qui ont été plaidés et, par conséquent, il doit être examiné.

**110.** L'argumentation présentée à la Cour sur la question 2 a porté principalement sur la question de savoir si, en droit international, il existe un droit de sécession unilatérale dans les circonstances qui ont été présentées aux fins de la question 1. On a également avancé d'autres arguments voulant que, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'un droit de sécession unilatérale, le droit international reconnaîtra en bout de ligne comme un état de fait certaines réalités politiques concrètes -- y compris l'émergence d'un nouvel État. Bien que notre réponse à la question 2 tienne compte de considérations soulevées par l'argument subsidiaire fondé sur l'«effectivité», il faut souligner d'abord qu'il y a une grande différence entre conclure à l'existence d'un droit positif et prédire que le droit réagira, après le fait, à une réalité politique existante. Ces deux concepts s'attachent à des moments différents. Les questions posées à la Cour portent sur des droits juridiques dans la perspective d'un éventuel acte unilatéral censé opérer sécession. Même si nous abordons plus loin la pratique régissant la reconnaissance internationale des nouveaux États, notre Cour est tout aussi réticente à se livrer à des spéculations sur les réactions éventuelles d'États souverains à l'échelle internationale qu'elle l'était, dans le cadre de la question 1, quant au déroulement d'éventuelles négociations politiques entre les participants à la fédération canadienne. Dans les deux cas, les

questions du renvoi visent uniquement le cadre juridique à l'intérieur duquel les acteurs politiques s'acquittent de leur mandat respectif.

(1) La sécession en droit international

**111.** Il est clair que le droit international n'accorde pas expressément aux parties constituantes d'un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l'État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l'*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l'objet d'autorisation expresse, les tenants de l'existence d'un tel droit en droit international n'ont d'autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n'est pas expressément interdite, et que ce qui n'est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l'obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d'une sécession accomplie par l'exercice du droit, bien établi en droit international, qu'a «un peuple» à l'autodétermination. L'*amicus curiae* a abordé le droit à l'autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s'appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d'accord avec l'*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

a) *L'absence d'interdiction expresse*

**112.** Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n'en nie pas explicitement l'existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d'un peuple à l'autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d'un peuple opprimé ou colonisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l'intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l'État existant dont l'entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d'un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

b) *Le droit d'un peuple à l'autodétermination*

**113.** Bien que le droit international régisse généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances

précises, les «droits» d'entités qui ne sont pas des États Nations -- tel le droit d'un peuple à l'autodétermination.

**114.** L'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d'une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), aux pp. 171 et 172; K. Doebling, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

**115.** L'article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, édicte notamment que l'un des buts des Nations Unies est de :

*Article 1*

. . .

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

**116.** En outre, en vertu de l'art. 55 de sa Charte, l'Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l'homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes».

**117.** Le principe fondamental de l'autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doebling, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60 :

[traduction] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l'autodétermination rend leur énumération impossible.

**118.** Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés :

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

**119.** De même, la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États*



*conformément à la Charte des Nations Unies, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (Déclaration touchant les relations amicales), précise:*

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

**120.** En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

1. . . .

Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune . . . [Nous soulignons.]

**121.** Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (1975) (Acte final d'Helsinki)*, énonce (à la partie VIII):

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

**122.** Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé par des peuples, à l'intérieur d'États souverains existants, et conformément au principe du maintien de

l'intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n'est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de «peuples»

**123.** C'est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l'autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l'invoque doit remplir la condition préliminaire, c'est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l'autodétermination s'est développé par l'adoption d'un ensemble d'ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s'ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.

**124.** Il est évident qu'un «peuple» peut s'entendre d'une partie seulement de la population d'un État existant. Le droit à l'autodétermination s'est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l'expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas nécessairement l'entière population d'un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d'États existants, d'une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l'autodétermination, compte tenu de l'insistance corrélative, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l'intégrité territoriale des États existants et, d'autre part, ferait obstacle à l'objectif réparateur de ce droit.

**125.** Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l'instar d'autres groupes à l'intérieur du Québec et du Canada, il n'est pas nécessaire d'étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n'est pas nécessaire pour la Cour de déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

**126.** Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne -- à savoir la poursuite par ce peuple de son

développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

**127.** Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayaient l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

**128.** La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne*, et la *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies* sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être

interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

**129.** De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue à Vienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

. . . confirment leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects

contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouvernement de l'État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l'histoire de ce document et de sa structure, la mention de l'autodétermination externe signifie simplement que [traduction] «les autorités centrales d'un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l'ensemble de la population de cet État».

**130.** Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l'intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l'autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d'un État existant. Il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l'intégrité territoriale d'États existants, comme le Canada, et le droit d'un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l'égalité et sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

**131.** Par conséquent, selon l'état général du droit international, le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l'autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

[traduction] . . . le droit à l'autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l'indépendance, n'a été accordé qu'à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l'hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie . . .

**132.** Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance «impériale» est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

**133.** L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

- a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et
- b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

**134.** Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

**135.** De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'interne son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.

16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

**136.** On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel à l'intérieur du Québec, dans l'ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et doté ainsi d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

**137.** Les échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n'équivalent pas à une négation du droit à l'autodétermination. En l'absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.

**138.** En résumé, le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s'appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l'Assemblée nationale, la législature ou le

gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.

**139.** Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'importance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l'expression claire d'une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d'examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l'«effectivité»

**140.** L'un des arguments avancés par l'*amicus curiae* sur cet aspect du renvoi est que, même si le droit international ne fonde pas un droit de sécession unilatérale dans le cas du Québec, le droit international n'interdit pas non plus la sécession et, dans les faits, une telle réalité politique serait reconnue internationalement si elle se manifestait, par exemple, par le contrôle effectif du territoire qui constitue maintenant la province de Québec.

**141.** Il est vrai que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s'adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance. Cependant, comme nous l'avons dit, l'effectivité, en tant que telle, ne relève pas réellement de la question 2, qui nous demande s'il existe un droit de sécession unilatérale.

**142.** Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [traduction] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d'établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1995] *Camb. L.J.* 172, à la p. 196. La sécession d'une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d'un nouvel État. Même si la reconnaissance par d'autres États n'est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d'État, la viabilité d'une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d'autres États. Ce processus de

reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d'État et il faut souligner qu'elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu'après qu'une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

**143.** Comme l'indique la réponse à la question 1, l'une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l'exercice d'un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l'intérêt national de l'État qui accorde la reconnaissance et l'avantage politique qu'il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l'existence du droit à l'autodétermination de la population de l'État putatif, ainsi qu'une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l'État dont l'entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s'attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l'obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessionniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

**144.** En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [traduction] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la reconnaissance d'un état de



fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique.

**145.** On a invoqué une analogie entre le principe de l'effectivité et le second aspect de la primauté du droit dégagé par notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 753, c'est-à-dire la nécessité d'éviter un vide juridique. On se rappellera que notre Cour a refusé dans ce renvoi d'invalider l'ensemble des lois du Manitoba pour non-respect des exigences de la Constitution, de crainte qu'une telle déclaration ne plonge cette province dans le chaos. Nous avons ainsi reconnu que la primauté du droit est un principe constitutionnel qui permet aux tribunaux de tenir compte des conséquences pratiques de leurs jugements, particulièrement dans les affaires constitutionnelles. La similitude entre ce principe et le principe de l'effectivité réside, plaide-t-on, dans leur objectif commun de refaçonner le droit pour tenir compte de la réalité sociale. Cependant, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, nos préoccupations quant aux graves conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas influencé notre conclusion qu'en droit toutes les lois du Manitoba en litige dans cette affaire étaient inconstitutionnelles. La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour était claire et non ambiguë. Le souci de la Cour de maintenir la primauté du droit visait à façonner la réparation convenable qui, dans cette affaire, était la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre que soient apportées les rectifications appropriées.

**146.** Le principe de l'effectivité fonctionne très différemment. Il proclame qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale. Notre droit reconnaît depuis longtemps que, sous l'effet conjugué de l'acquiescement et de la prescription, un acte illégal peut ultérieurement se voir accorder un certain effet juridique. En droit des biens, par exemple, un squatter peut devenir finalement propriétaire du bien-fonds qu'il occupe si le propriétaire véritable n'exerce pas à temps son droit d'en reprendre possession. Ainsi, un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir. Cette prétention plus générale n'est pas étayée par le principe de l'effectivité en droit international ni de quelque autre façon, et elle doit être rejetée.

### C. Question 3

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?

**147.** À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

#### IV. Sommaire des conclusions

**148.** Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

**149.** Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

**150.** La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre

constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

**151.** Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

**152.** Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

**153.** La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une

majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

**154.** Nous nous sommes également demandés s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c'est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple» empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

**155.** Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être

examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

**156.** Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur du procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Bernard W. Funston, Gloucester.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon: Stuart J. Whitley, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Corporation Makivik: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités: Scott & Aylen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.*

*Procureurs de l'intervenant Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.*

*Procureurs des intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.*

Cour de justice de l'Union européenne  
Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de  
Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González  
Affaire C-131/12  
13 mai 2014





LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, M. K. Lenaerts, vice-président, MM. M. Ilešič (rapporteur), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, M. Safjan, présidents de chambre, MM. J. Malenovský, E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev, M<sup>mes</sup> M. Berger, A. Prechal et M. E. Jarašiūnas, juges,

avocat général: M. N. Jääskinen,

greffier: M<sup>me</sup> M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 26 février 2013,

considérant les observations présentées :

- pour Google Spain SL et Google Inc., par M<sup>es</sup> F. González Díaz, J. Baño Fos et B. Holles, abogados,
- pour M. Costeja González, par M<sup>e</sup> J. Muñoz Rodríguez, abogado,
- pour le gouvernement espagnol, par M. A. Rubio González, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement hellénique, par M<sup>me</sup> E.-M. Mamouna et M. K. Boskovits, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement italien, par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. P. Gentili, avvocato dello Stato,
- pour le gouvernement autrichien, par M. G. Kunnert et M<sup>me</sup> C. Pesendorfer, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement polonais, par MM. B. Majczyna et M. Szpunar, en qualité d'agents,
- pour la Commission européenne, par M<sup>me</sup> I. Martínez del Peral et M. B. Martenczuk, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 25 juin 2013,

rend le présent

## **Arrêt**

**1** La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 2, sous b) et d), 4, paragraphe 1, sous a) et c), 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31), ainsi que de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»).

**2** Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Google Spain SL (ci-après «Google Spain») et Google Inc. à l'Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (agence de protection des données, ci-après l'«AEPD») et à M. Costeja González au sujet d'une décision de cette agence faisant droit à la plainte déposée par M. Costeja González contre ces deux sociétés et ordonnant à Google Inc. d'adopter les mesures nécessaires pour retirer des données à caractère personnel concernant M. Costeja González de son index et d'empêcher l'accès à celles-ci à l'avenir.

## **Le cadre juridique**

### *Le droit de l'Union*

**3** La directive 95/46 qui, selon son article 1<sup>er</sup>, a pour objet la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ainsi que l'élimination des obstacles à la libre circulation de ces données, énonce à ses considérants 2, 10, 18 à 20 et 25 :

« (2) considérant que les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme; qu'ils doivent, quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée, et contribuer au [...] bien-être des individus ; [...]

(10) considérant que l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[, signée à Rome le 4 novembre 1950,] et dans les principes généraux du droit communautaire; que, pour cette raison, le rapprochement de ces législations ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent mais doit, au contraire, avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté ; [...]

(18) considérant qu'il est nécessaire, afin d'éviter qu'une personne soit exclue de la protection qui lui est garantie en vertu de la présente directive, que tout traitement de données à caractère personnel effectué dans la Communauté respecte la législation de l'un des États membres; que, à cet égard, il est opportun de soumettre les traitements des données effectués par toute personne opérant sous l'autorité du responsable du traitement établi dans un État membre à l'application de la législation de cet État ;

(19) considérant que l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable; que la forme juridique retenue pour un tel établissement, qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard; que, lorsqu'un même responsable est établi sur le territoire de plusieurs États membres, en particulier par le biais d'une filiale, il doit s'assurer, notamment en vue d'éviter tout contournement, que chacun des établissements remplit les obligations prévues par le droit national applicable aux activités de chacun d'eux ;

(20) considérant que l'établissement, dans un pays tiers, du responsable du traitement de données ne doit pas faire obstacle à la protection des personnes

prévue par la présente directive; que, dans ce cas, il convient de soumettre les traitements de données effectués à la loi de l'État membre dans lequel des moyens utilisés pour le traitement de données en cause sont localisés et de prendre des garanties pour que les droits et obligations prévus par la présente directive soient effectivement respectés ;

[...]

(25) considérant que les principes de la protection doivent trouver leur expression, d'une part, dans les obligations mises à la charge des personnes [...] qui traitent des données, ces obligations concernant en particulier la qualité des données, la sécurité technique, la notification à l'autorité de contrôle, les circonstances dans lesquelles le traitement peut être effectué, et, d'autre part, dans les droits donnés aux personnes dont les données font l'objet d'un traitement d'être informées sur celui-ci, de pouvoir accéder aux données, de pouvoir demander leur rectification, voire de s'opposer au traitement dans certaines circonstances ».

#### **4** L'article 2 de la directive 95/46 dispose que,

« [a]ux fins de [celle-ci], on entend par :

a) 'données à caractère personnel': toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ;

b) 'traitement de données à caractère personnel' (traitement): toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ;

[...]

d) 'responsable du traitement': la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel; lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par des dispositions législatives ou réglementaires nationales ou communautaires, le responsable du traitement ou les critères spécifiques pour le désigner peuvent être fixés par le droit national ou communautaire ;

[...] »

#### **5** L'article 3 de ladite directive, intitulé «Champ d'application», énonce à son paragraphe 1 :

« La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier. »

#### **6** L'article 4 de la même directive, intitulé «Droit national applicable», prévoit :

« 1. Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque :

- a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable ;
  - b) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public ;
  - c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté.
2. Dans le cas visé au paragraphe 1 point c), le responsable du traitement doit désigner un représentant établi sur le territoire dudit État membre, sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même. »

**7** Sous le chapitre II, section I, de la directive 95/46, intitulée «Principes relatifs à la qualité des données», l'article 6 de cette directive est libellé comme suit :

- « 1. Les États membres prévoient que les données à caractère personnel doivent être :
- a) traitées loyalement et licitement ;
  - b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Un traitement ultérieur à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas réputé incompatible pour autant que les États membres prévoient des garanties appropriées ;
  - c) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ;
  - d) exactes et, si nécessaire, mises à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées ;
  - e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Les États membres prévoient des garanties appropriées pour les données à caractère personnel qui sont conservées au-delà de la période précitée, à des fins historiques, statistiques ou scientifiques.
2. Il incombe au responsable du traitement d'assurer le respect du paragraphe 1. »

**8** Sous le chapitre II, section II, de la directive 95/46, intitulée « Principes relatifs à la légitimation des traitements de données », l'article 7 de cette directive dispose :

- « Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si :
- [...]
- f) il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés

fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1. »

**9** L'article 9 de ladite directive, intitulé «Traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression», énonce :

« Les États membres prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au chapitre VI dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression. »

**10** L'article 12 de la même directive, intitulé «Droit d'accès», prévoit :

« Les États membres garantissent à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement :

[...]

b) selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ;

[...]»

**11** L'article 14 de la directive 95/46, intitulé «Droit d'opposition de la personne concernée», dispose :

« Les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit :

a) au moins dans les cas visés à l'article 7 points e) et f), de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national. En cas d'opposition justifiée, le traitement mis en œuvre par le responsable du traitement ne peut plus porter sur ces données ;

[...] »

**12** L'article 28 de ladite directive, intitulé «Autorité de contrôle», est libellé comme suit :

« 1. Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les États membres en application de la présente directive.

[...]

3. Chaque autorité de contrôle dispose notamment :

– de pouvoirs d'investigation, tels que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission de contrôle,

– de pouvoirs effectifs d'intervention, tels que, par exemple, celui [...] d'ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou d'interdire temporairement ou définitivement un traitement [...]

– [...]

Les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

4. Chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne, ou par une association la représentant, d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel. La personne concernée est informée des suites données à sa demande.

[...]

6. Indépendamment du droit national applicable au traitement en cause, chaque autorité de contrôle a compétence pour exercer, sur le territoire de l'État membre dont elle relève, les pouvoirs dont elle est investie conformément au paragraphe 3. Chaque autorité peut être appelée à exercer ses pouvoirs sur demande d'une autorité d'un autre État membre.

Les autorités de contrôle coopèrent entre elles dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment en échangeant toute information utile.

[...] »

### *Le droit espagnol*

**13** La directive 95/46 a été transposée en droit espagnol par la loi organique n° 15/1999, du 13 décembre 1999, relative à la protection des données à caractère personnel (BOE n° 298, du 14 décembre 1999, p. 43088).

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

**14** Le 5 mars 2010, M. Costeja González, de nationalité espagnole et domicilié en Espagne, a introduit auprès de l'AEPD une réclamation à l'encontre de La Vanguardia Ediciones SL, qui publie un quotidien de grande diffusion, notamment en Catalogne (Espagne) (ci-après «La Vanguardia») ainsi qu'à l'encontre de Google Spain et de Google Inc. Cette réclamation se fondait sur le fait que, lorsqu'un internaute introduisait le nom de M. Costeja González dans le moteur de recherche du groupe Google (ci-après «Google Search»), il obtenait des liens vers deux pages du quotidien de La Vanguardia respectivement du 19 janvier et du 9 mars 1998, sur lesquelles figurait une annonce, mentionnant le nom de M. Costeja González, pour une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale.

**15** Par cette réclamation, M. Costeja González demandait, d'une part, qu'il soit ordonné à La Vanguardia soit de supprimer ou de modifier lesdites pages afin que ses données personnelles n'y apparaissent plus, soit de recourir à certains outils fournis par les moteurs de recherche pour protéger ces données. D'autre part, il demandait qu'il soit ordonné à Google Spain ou à Google Inc. de supprimer ou d'occulter ses données personnelles afin qu'elles cessent d'apparaître dans les résultats de recherche et ne figurent plus dans des liens de La Vanguardia. M. Costeja González affirmait dans ce contexte que la saisie, dont il avait fait l'objet, avait été entièrement réglée depuis plusieurs années et que la mention de celle-ci était désormais dépourvue de toute pertinence.

**16** Par décision du 30 juillet 2010, l'AEPD a rejeté ladite réclamation pour autant qu'elle visait La Vanguardia, estimant que la publication par cette dernière des informations en cause était légalement justifiée étant donné qu'elle avait eu lieu sur ordre du ministère du Travail et des Affaires sociales et avait eu pour but de conférer une publicité maximale à la vente publique afin de réunir le plus grand nombre d'enchérisseurs.

**17** En revanche, cette même réclamation a été accueillie pour autant qu'elle était dirigée contre Google Spain et Google Inc. L'AEPD a considéré à cet égard que les exploitants de moteurs de recherche sont soumis à la législation en matière de protection des données, étant donné qu'ils réalisent un traitement de données pour lequel ils sont responsables et qu'ils agissent en tant qu'intermédiaires de la société de l'information. L'AEPD a estimé qu'elle est habilitée à ordonner le retrait des données et l'interdiction d'accéder à certaines données par les exploitants de moteurs de recherche lorsqu'elle considère que leur localisation et leur diffusion sont susceptibles de porter atteinte au droit fondamental de protection des données et à la dignité des personnes au sens large, ce qui engloberait également la simple volonté de la personne intéressée que ces données ne soient pas connues par des tiers. L'AEPD a considéré que cette obligation peut incomber directement aux exploitants de moteurs de recherche, sans qu'il soit nécessaire d'effacer les données ou les informations du site web où elles figurent, notamment lorsque le maintien de ces informations sur ce site est justifié par une disposition légale.

**18** Google Spain et Google Inc. ont introduit deux recours séparés contre ladite décision devant l'Audiencia Nacional, lesquels ont été joints par celle-ci.

**19** Cette juridiction expose dans la décision de renvoi que lesdits recours soulèvent la question de savoir quelles obligations incombent aux exploitants de moteurs de recherche pour la protection des données à caractère personnel des personnes intéressées ne souhaitant pas que certaines informations, publiées sur les sites web de tiers et contenant leurs données personnelles qui permettent de relier ces informations à ces personnes, soient localisées, indexées et mises à la disposition des internautes de manière indéfinie. La réponse à cette question dépendrait de la manière dont la directive 95/46 doit être interprétée dans le contexte de ces technologies qui sont apparues après sa publication.

**20** Dans ces conditions, l'Audiencia Nacional a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) En ce qui concerne l'application territoriale de la directive [95/46] et, par conséquent, de la législation espagnole en matière de protection des données à caractère personnel :

a) Doit-on considérer qu'il existe un 'établissement' au sens des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la [directive 95/46] lorsque l'une ou plusieurs des conditions suivantes sont réunies :

– lorsque l’entreprise fournissant le moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par le moteur de recherche, et dont l’activité vise les habitants de cet État membre,

ou

– lorsque la société mère désigne une filiale implantée dans cet État membre comme son représentant et comme étant responsable du traitement de deux fichiers spécifiques contenant les données des clients ayant conclu des services publicitaires avec cette entreprise,

ou

– lorsque la succursale ou la filiale établie dans un État membre transmet à la société mère, basée en dehors de l’Union européenne, les réclamations et les injonctions que lui adressent aussi bien les intéressés que les autorités compétentes en vue d’obtenir le respect du droit à la protection des données, même lorsque cette collaboration a lieu de manière volontaire ?

b) L’article 4, paragraphe 1, sous c), de la [directive 95/46] doit-il s’interpréter en ce sens qu’il existe un ‘recours à des moyens situés sur le territoire dudit État membre’ :

– lorsqu’un moteur de recherche utilise des ‘araignées du web’ ou des robots d’indexation pour localiser et indexer les informations contenues dans des sites web hébergés sur des serveurs situés dans cet État membre,

ou

– lorsqu’il utilise un nom de domaine propre d’un État membre et oriente ses recherches et ses résultats en fonction de la langue de cet État membre ?

c) Le stockage temporaire des informations indexées par les moteurs de recherche sur Internet peut-il être considéré comme constituant un recours à des moyens, au sens de l’article 4, paragraphe 1, sous c), de la [directive 95/46]? En cas de réponse affirmative à cette dernière question, peut-on considérer que ce critère de rattachement est rempli lorsque l’entreprise refuse de révéler le lieu où elle stocke ces index, en invoquant des raisons de compétitivité ?

d) Indépendamment de la réponse apportée aux questions précédentes, et en particulier dans le cas où la Cour serait d’avis que les critères de rattachement prévus à l’article 4 de la directive [95/46] ne sont pas remplis, la Cour est priée de répondre à la question suivante :

À la lumière de l’article 8 de la [Charte], convient-il d’appliquer la [directive 95/46] dans l’État membre où se situe le centre de gravité du conflit, et dans lequel les droits reconnus aux citoyens de l’Union [...] peuvent bénéficier de la protection la plus efficace ?

2) En ce qui concerne l’activité des moteurs de recherche en tant que fournisseurs de contenus en relation avec la [directive 95/46] :

a) S’agissant [de Google Search], qui agit comme fournisseur de contenus et dont l’activité consiste à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et enfin à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné, et lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel de tierces personnes, faut-il considérer qu’une activité telle que celle décrite est comprise dans la notion de ‘traitement de données à caractère personnel’ telle que définie à l’article 2, sous b), de la [directive 95/46] ?

b) Dans le cas où la question précédente appellerait une réponse affirmative, et toujours en relation avec une activité telle que celle décrite au paragraphe précédent :

Faut-il interpréter l’article 2, sous d), de la [directive 95/46] en ce sens qu’il conviendrait de considérer que l’entreprise qui exploite [Google Search] est ‘responsable du traitement’ des données à caractère personnel contenues dans les sites web qu’elle indexe ?

c) Dans l’hypothèse où la question précédente appellerait une réponse affirmative :



L'[AEPD] peut-elle, aux fins de faire respecter les droits contenus aux articles 12, sous b), et 14, [premier alinéa,] sous a), de la [directive 95/46], ordonner directement [à Google Search] qu'il procède au retrait de ses index d'informations publiées par des tiers, sans s'adresser préalablement ou simultanément au propriétaire du site web sur lequel figurent lesdites informations ?

d) Dans l'hypothèse où la réponse à la question précédente serait affirmative : Les moteurs de recherche sont-ils libérés de l'obligation qui leur incombe de respecter ces droits lorsque les informations contenues dans les données personnelles ont été publiées légalement par des tiers et demeurent sur le site web d'origine ?

3) En ce qui concerne la portée du droit d'obtenir l'effacement et/ou de s'opposer à ce que des données concernant l'intéressé fassent l'objet d'un traitement, en relation avec le droit à l'oubli, la Cour est priée de dire si :

Le droit d'obtenir l'effacement et le verrouillage des données à caractère personnel et celui de s'opposer à ce qu'elles fassent l'objet d'un traitement (droits régis par les articles 12, sous b), et 14, [premier alinéa,] sous a), de la [directive 95/46]) doivent être interprétés comme permettant à la personne concernée de s'adresser aux moteurs de recherche afin de faire obstacle à l'indexation des informations concernant sa personne, publiées sur des sites web de tiers, en invoquant sa volonté que ces informations ne soient pas connues des internautes lorsqu'elle considère que ces informations sont susceptibles de lui porter préjudice ou lorsqu'elle désire que ces informations soient oubliées, alors même qu'il s'agirait d'informations publiées légalement par des tiers ? »

## **Sur les questions préjudicielles**

*Sur la deuxième question, sous a) et b), concernant le champ d'application matériel de la directive 95/46*

**21** Par sa deuxième question, sous a) et b), qu'il convient d'examiner en premier lieu, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 2, sous b), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que l'activité d'un moteur de recherche en tant que fournisseur de contenus qui consiste à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de «traitement de données à caractère personnel», au sens de cette disposition, lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel. En cas de réponse affirmative, la juridiction de renvoi souhaite savoir, en outre, si cet article 2, sous d), doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche doit être considéré comme le «responsable» dudit traitement des données à caractère personnel, au sens de cette disposition.

**22** Selon Google Spain et Google Inc., l'activité des moteurs de recherche ne saurait être considérée comme un traitement des données qui apparaissent sur les pages web de tiers affichées dans la liste des résultats de la recherche, étant donné que ces moteurs traitent les informations accessibles sur Internet dans leur ensemble sans faire le tri entre les données à caractère personnel et les autres informations. En

outre, à supposer même que cette activité doive être qualifiée de «traitement de données», l'exploitant d'un moteur de recherche ne saurait être considéré comme «responsable» de ce traitement, dès lors qu'il n'a pas connaissance desdites données et n'exerce pas de contrôle sur celles-ci.

**23** En revanche, M. Costeja González, les gouvernements espagnol, italien, autrichien et polonais ainsi que la Commission européenne estiment que ladite activité implique de toute évidence un «traitement de données» au sens de la directive 95/46, lequel est distinct du traitement de données par les éditeurs de sites web et poursuit d'autres objectifs que celui-ci. L'exploitant d'un moteur de recherche serait «responsable» du traitement des données effectué par celui-ci dès lors que c'est lui qui détermine les finalités et les moyens de ce traitement.

**24** Selon le gouvernement hellénique, l'activité en cause constitue un tel «traitement», mais dans la mesure où les moteurs de recherche servent de simples intermédiaires, les entreprises qui les exploitent ne peuvent être considérées comme «responsables», à l'exception des cas où elles stockent des données dans une «mémoire intermédiaire» ou une «mémoire cache» pour une période de temps qui dépasse ce qui est techniquement nécessaire.

**25** À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous b), de la directive 95/46 définit le «traitement de données à caractère personnel» comme «toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction».

**26** S'agissant en particulier d'Internet, la Cour a déjà eu l'occasion de constater que l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un tel «traitement» au sens de l'article 2, sous b), de la directive 95/46 (voir arrêt Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, point 25).

**27** En ce qui concerne l'activité en cause au principal, il n'est pas contesté que parmi les données trouvées, indexées, stockées par les moteurs de recherche et mises à la disposition de leurs utilisateurs figurent également des informations concernant des personnes physiques identifiées ou identifiables et donc des «données à caractère personnel» au sens de l'article 2, sous a), de cette directive.

**28** Partant, il convient de constater que, en explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des

informations qui y sont publiées, l'exploitant d'un moteur de recherche « collecte » de telles données qu'il « extrait », « enregistre » et « organise » par la suite dans le cadre de ses programmes d'indexation, « conserve » sur ses serveurs et, le cas échéant, « communique à » et « met à disposition de » ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherches. Ces opérations étant visées de manière explicite et inconditionnelle à l'article 2, sous b), de la directive 95/46, elles doivent être qualifiées de « traitement » au sens de cette disposition, sans qu'il importe que l'exploitant du moteur de recherche applique les mêmes opérations également à d'autres types d'information et ne distingue pas entre celles-ci et les données à caractère personnel.

**29** La constatation qui précède n'est pas non plus infirmée par le fait que ces données ont déjà fait l'objet d'une publication sur Internet et ne sont pas modifiées par ce moteur de recherche.

**30** Ainsi, la Cour a déjà constaté que les opérations visées à l'article 2, sous b), de la directive 95/46 doivent être qualifiées comme un tel traitement également dans l'hypothèse où elles concernent exclusivement des informations déjà publiées telles quelles dans les médias. Elle a, en effet, relevé à cet égard qu'une dérogation générale à l'application de la directive 95/46 dans une telle hypothèse viderait cette dernière largement de son sens (voir, en ce sens, arrêt *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, points 48 et 49).

**31** En outre, il découle de la définition contenue à l'article 2, sous b), de la directive 95/46 que, si la modification de données à caractère personnel constitue, certes, un traitement au sens de celle-ci, les autres opérations qui y sont mentionnées ne nécessitent, en revanche, nullement que ces données soient modifiées.

**32** Quant à la question de savoir si l'exploitant d'un moteur de recherche doit ou non être considéré comme le « responsable du traitement » des données à caractère personnel effectué par ce moteur dans le cadre d'une activité telle que celle en cause au principal, il convient de rappeler que l'article 2, sous d), de la directive 95/46 définit celui-ci comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel ».

**33** Or, c'est l'exploitant du moteur de recherche qui détermine les finalités et les moyens de cette activité et ainsi du traitement de données à caractère personnel qu'il effectue, lui-même, dans le cadre de celle-ci et qui doit, par conséquent, être considéré comme le « responsable » de ce traitement en vertu dudit article 2, sous d).

**34** Par ailleurs, il convient de constater qu'il serait contraire non seulement au libellé clair mais également à l'objectif de cette disposition, consistant à assurer, par une définition large de la notion de «responsable», une protection efficace et complète des personnes concernées, d'exclure de celle-ci l'exploitant d'un moteur de recherche au motif qu'il n'exerce pas de contrôle sur les données à caractère personnel publiées sur les pages web de tiers.

**35** À cet égard, il y a lieu de souligner que le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de l'activité d'un moteur de recherche se distingue de et s'ajoute à celui effectué par les éditeurs de sites web, consistant à faire figurer ces données sur une page Internet.

**36** En outre, il est constant que cette activité des moteurs de recherche joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées.

**37** De plus, l'organisation et l'agrégation des informations publiées sur Internet effectuées par les moteurs de recherche dans le but de faciliter à leurs utilisateurs l'accès à celles-ci peut conduire, lorsque la recherche de ces derniers est effectuée à partir du nom d'une personne physique, à ce que ceux-ci obtiennent par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet leur permettant d'établir un profil plus ou moins détaillé de la personne concernée.

**38** Dans la mesure où l'activité d'un moteur de recherche est donc susceptible d'affecter significativement et de manière additionnelle par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel, l'exploitant de ce moteur en tant que personne déterminant les finalités et les moyens de cette activité doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que celle-ci satisfait aux exigences de la directive 95/46 pour que les garanties prévues par celle-ci puissent développer leur plein effet et qu'une protection efficace et complète des personnes concernées, notamment de leur droit au respect de leur vie privée, puisse effectivement être réalisée.

**39** Enfin, la circonstance que les éditeurs de sites web ont la faculté d'indiquer aux exploitants de moteurs de recherche, à l'aide notamment de protocoles d'exclusion comme «robot.txt» ou de codes comme «noindex» ou «noarchive», qu'ils souhaitent qu'une information déterminée, publiée sur leur site, soit exclue en totalité ou partiellement des index automatiques de ces moteurs ne signifie pas que l'absence d'une telle indication de la part de ces éditeurs libérerait l'exploitant d'un

moteur de recherche de sa responsabilité pour le traitement des données à caractère personnel qu'il effectue dans le cadre de l'activité de ce moteur.

**40** En effet, cette circonstance ne change pas le fait que les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par cet exploitant. En outre, à supposer même que ladite faculté des éditeurs de sites web signifie que ceux-ci déterminent conjointement avec ledit exploitant les moyens dudit traitement, cette constatation n'enlèverait rien à la responsabilité de ce dernier, l'article 2, sous d), de la directive 95/46 prévoyant expressément que cette détermination peut être effectuée « seul ou conjointement avec d'autres ».

**41** Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la deuxième question, sous a) et b), que l'article 2, sous b) et d), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que, d'une part, l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel », au sens de cet article 2, sous b), lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel et, d'autre part, l'exploitant de ce moteur de recherche doit être considéré comme le « responsable » dudit traitement, au sens dudit article 2, sous d).

*Sur la première question, sous a) à d), concernant le champ d'application territorial de la directive 95/46*

**42** Par sa première question, sous a) à d), la juridiction de renvoi vise à établir s'il est possible d'appliquer la législation nationale transposant la directive 95/46 dans des circonstances telles que celles en cause au principal.

**43** Dans ce contexte, la juridiction de renvoi a établi les faits suivants :

- Google Search est proposé au niveau mondial par l'intermédiaire du site web « [www.google.com](http://www.google.com) ». Dans de nombreux États, il existe des versions locales adaptées à la langue nationale. La version en langue espagnole de Google Search est proposée par l'intermédiaire du site web « [www.google.es](http://www.google.es) », enregistré depuis le 16 septembre 2003. Google Search est l'un des moteurs de recherche les plus utilisés en Espagne.

- Google Search est exploité par Google Inc., qui est la société mère du groupe Google et dont le siège social est établi aux États-Unis.

- Google Search indexe les sites web du monde entier, parmi lesquels se trouvent les sites situés en Espagne. Les informations indexées par ses «araignées du web» ou ses robots d'indexation, c'est-à-dire des programmes informatiques utilisés pour repérer et balayer le contenu de pages web de façon méthodique et automatisée, sont stockées temporairement dans des serveurs dont l'État d'emplacement n'est pas connu, cette information étant maintenue secrète pour des raisons concurrentielles.
- Google Search ne se borne pas à donner accès aux contenus hébergés sur les sites web indexés, mais met à profit cette activité pour inclure, contre paiement, des publicités associées aux termes de recherche introduits par les internautes, pour des entreprises qui désirent utiliser cet outil en vue d'offrir leurs biens ou services à ces derniers.
- Le groupe Google a recours à sa filiale Google Spain pour la promotion des ventes d'espaces publicitaires générés sur le site web «www.google.com». Google Spain, qui a été constituée le 3 septembre 2003 et qui jouit d'une personnalité juridique propre, a son siège social à Madrid (Espagne). Elle développe ses activités essentiellement à destination des entreprises basées en Espagne, agissant en tant qu'agent commercial dudit groupe dans cet État membre. Son objet social est de promouvoir, de faciliter et d'effectuer la vente de produits et de services de publicité en ligne à des tiers ainsi que le marketing de cette publicité.
- Google Inc. a désigné Google Spain comme responsable du traitement, en Espagne, de deux fichiers enregistrés par Google Inc. auprès de l'AEPD, ces fichiers ayant pour objet de contenir les données personnelles des clients ayant conclu des contrats de services publicitaires avec Google Inc.

**44** Concrètement, la juridiction de renvoi s'interroge, à titre principal, sur la notion d'«établissement», au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46, et sur celle de «recours à des moyens situés sur le territoire dudit État membre», au sens de cet article 4, paragraphe 1, sous c).

Sur la première question, sous a)

**45** Par sa première question, sous a), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'une ou plusieurs des trois conditions suivantes sont réunies :

- l'exploitant d'un moteur de recherche créé dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre, ou
- la société mère désigne une filiale implantée dans ledit État membre comme son représentant et comme étant responsable du traitement de deux fichiers spécifiques contenant les données des clients ayant conclu des services publicitaires avec cette entreprise, ou
- la succursale ou la filiale établie dans un État membre transmet à la société mère, basée en dehors de l'Union, les réclamations et les injonctions que lui adressent aussi bien les intéressés que les autorités compétentes en vue d'obtenir le respect du droit à la protection des données à caractère personnel, même lorsque cette collaboration a lieu de manière volontaire.

**46** En ce qui concerne la première de ces trois conditions, la juridiction de renvoi relève que Google Search est exploité et géré par Google Inc. et qu'il n'est pas établi que Google Spain réalise en Espagne une activité directement liée à l'indexation ou au stockage d'informations ou de données contenues dans les sites web de tiers. Cependant, l'activité de promotion et de vente des espaces publicitaires, dont s'occupe Google Spain pour l'Espagne, constituerait la partie essentielle de l'activité commerciale du groupe Google et pourrait être considérée comme étant étroitement liée à Google Search.

**47** M. Costeja González, les gouvernements espagnol, italien, autrichien et polonais ainsi que la Commission estiment que, compte tenu du lien indissociable entre l'activité du moteur de recherche exploité par Google Inc. et celle de Google Spain, cette dernière doit être considérée comme un établissement de la première, dans le cadre des activités duquel le traitement de données à caractère personnel est effectué. En revanche, selon Google Spain, Google Inc. et le gouvernement hellénique, l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse de la première des trois conditions énumérées par la juridiction de renvoi.

**48** À cet égard, il convient tout d'abord de relever que le considérant 19 de la directive 95/46 précise que « l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable » et « que la forme juridique retenue pour un tel établissement, qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante ».

**49** Or, il n'est pas contesté que Google Spain se livre à l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable en Espagne. Étant en outre dotée d'une personnalité juridique propre, elle

constitue ainsi une filiale de Google Inc. sur le territoire espagnol et, partant, un «établissement» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46.

**50** Afin de satisfaire au critère établi à cette disposition, encore faut-il que le traitement de données à caractère personnel par le responsable de celui-ci soit « effectué dans le cadre des activités » d'un établissement de ce responsable sur le territoire d'un État membre.

**51** Google Spain et Google Inc. contestent que ce soit le cas dès lors que le traitement de données à caractère personnel en cause au principal est effectué exclusivement par Google Inc., qui exploite Google Search sans aucune intervention de la part de Google Spain, dont l'activité se limite à la fourniture d'un soutien à l'activité publicitaire du groupe Google qui est distincte de son service de moteur de recherche.

**52** Cependant, ainsi que l'ont souligné notamment le gouvernement espagnol et la Commission, l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 exige non pas que le traitement de données à caractère personnel en question soit effectué « par » l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit « dans le cadre des activités » de celui-ci.

**53** En outre, au vu de l'objectif de la directive 95/46 d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, cette dernière expression ne saurait recevoir une interprétation restrictive (voir, par analogie, arrêt L'Oréal e.a., C-324/09, EU:C:2011:474, points 62 et 63).

**54** Il convient de relever dans ce contexte qu'il ressort notamment des considérants 18 à 20 et de l'article 4 de la directive 95/46 que le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large.

**55** Compte tenu de cet objectif de la directive 95/46 et du libellé de son article 4, paragraphe 1, sous a), il y a lieu de considérer que le traitement de données à caractère personnel qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que Google Search, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre, est effectué « dans le cadre des activités » de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, qui servent à rentabiliser le service offert par ce moteur.



**56** En effet, dans de telles circonstances, les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités.

**57** À cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il a été précisé aux points 26 à 28 du présent arrêt, l'affichage même de données à caractère personnel sur une page de résultats d'une recherche constitue un traitement de telles données. Or, ledit affichage de résultats étant accompagné, sur la même page, de celui de publicités liées aux termes de recherche, force est de constater que le traitement de données à caractère personnel en question est effectué dans le cadre de l'activité publicitaire et commerciale de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un État membre, en l'occurrence le territoire espagnol.

**58** Dans ces conditions, il ne saurait être accepté que le traitement de données à caractère personnel effectué pour les besoins du fonctionnement dudit moteur de recherche soit soustrait aux obligations et aux garanties prévues par la directive 95/46, ce qui porterait atteinte à l'effet utile de celle-ci et à la protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques qu'elle vise à assurer (voir, par analogie, arrêt L'Oréal e.a., EU:C:2011:474, points 62 et 63), notamment celui au respect de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, auquel cette directive accorde une importance particulière ainsi que le confirment notamment son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et ses considérants 2 et 10 (voir, en ce sens, arrêts Österreichischer Rundfunk e.a., C-465/00, C-138/01 et C-139/01, EU:C:2003:294, point 70; Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2009:293, point 47, ainsi que IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, point 28 et jurisprudence citée).

**59** Dans la mesure où la première des trois conditions énumérées par la juridiction de renvoi suffit à elle seule pour conclure qu'un établissement tel que Google Spain satisfait au critère prévu à l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres conditions.

**60** Il découle de ce qui précède qu'il convient de répondre à la première question, sous a), que l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires

proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre.

Sur la première question, sous b) à d)

**61** Compte tenu de la réponse apportée à la première question, sous a), il n'y a pas lieu de répondre à la première question, sous b) à d).

*Sur la deuxième question, sous c) et d), concernant l'étendue de la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche en vertu de la directive 95/46*

**62** Par sa deuxième question, sous c) et d), la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, afin de respecter les droits prévus à ces dispositions, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite.

**63** Google Spain et Google Inc. estiment que, en vertu du principe de proportionnalité, toute demande visant à l'élimination d'informations doit être adressée à l'éditeur du site web concerné puisque c'est ce dernier qui prend la responsabilité de rendre les informations publiques, qui est en mesure d'évaluer la licéité de cette publication et qui dispose des moyens les plus efficaces et les moins restrictifs pour rendre ces informations inaccessibles. En outre, imposer à l'exploitant d'un moteur de recherche de retirer de ses index des informations publiées sur Internet tiendrait insuffisamment compte des droits fondamentaux des éditeurs de sites web, des autres internautes ainsi que de cet exploitant lui-même.

**64** Selon le gouvernement autrichien, une autorité de contrôle nationale peut ordonner à un tel exploitant d'effacer de ses fichiers des informations publiées par des tiers uniquement si l'illégalité ou l'inexactitude des données en cause a été constatée auparavant ou si la personne concernée a introduit avec succès une opposition auprès de l'éditeur du site web sur lequel ces informations ont été publiées.

**65** M. Costeja González, les gouvernements espagnol, italien et polonais ainsi que la Commission estiment que l'autorité nationale peut ordonner directement à l'exploitant d'un moteur de recherche de retirer de ses index et de sa mémoire intermédiaire des informations contenant des données à caractère personnel publiées par des tiers, sans devoir s'adresser préalablement ou simultanément à l'éditeur de la page web sur laquelle figurent ces informations. De plus, pour M. Costeja González, les

gouvernements espagnol et italien ainsi que la Commission, la circonstance que lesdites informations ont été publiées de façon licite et qu'elles figurent toujours sur la page web d'origine n'a pas d'incidence sur les obligations dudit exploitant en vertu de la directive 95/46. En revanche, pour le gouvernement polonais, cette circonstance est de nature à libérer celui-ci de ses obligations.

**66** À titre liminaire, il convient de rappeler que, ainsi qu'il résulte de son article 1<sup>er</sup> et de son considérant 10, la directive 95/46 vise à garantir un niveau élevé de protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel (voir, en ce sens, arrêt IPI, EU:C:2013:715, point 28).

**67** Selon le considérant 25 de la directive 95/46, les principes de la protection prévus par celle-ci trouvent leur expression, d'une part, dans les obligations mises à la charge des personnes qui traitent des données, ces obligations concernant en particulier la qualité des données, la sécurité technique, la notification à l'autorité de contrôle, les circonstances dans lesquelles le traitement peut être effectué, et, d'autre part, dans les droits donnés aux personnes dont les données font l'objet d'un traitement d'être informées sur celui-ci, de pouvoir accéder aux données, de pouvoir demander leur rectification, voire de s'opposer au traitement dans certaines circonstances.

**68** La Cour a déjà jugé que les dispositions de la directive 95/46, en ce qu'elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales et, en particulier, au droit à la vie privée, doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte (voir, notamment, arrêts Connolly/Commission, C-274/99 P, EU:C:2001:127, point 37, ainsi que Österreichischer Rundfunk e.a., EU:C:2003:294, point 68).

**69** Ainsi, l'article 7 de la Charte garantit le droit au respect de la vie privée, tandis que l'article 8 de la Charte proclame expressément le droit à la protection des données à caractère personnel. Les paragraphes 2 et 3 de ce dernier article précisent que ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi, que toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification et que le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. Ces exigences sont mises en œuvre notamment par les articles 6, 7, 12, 14 et 28 de la directive 95/46.

**70** S'agissant de l'article 12, sous b), de la directive 95/46, celui-ci dispose que les États membres garantissent à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement, selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la directive 95/46, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données. Cette dernière précision relative au cas du non-respect de certaines exigences visées à l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 95/46 révélant un caractère exemplatif et non exhaustif, il s'ensuit que la non-conformité du traitement, susceptible d'ouvrir à la personne concernée le droit garanti à l'article 12, sous b), de ladite directive, peut également découler du non-respect des autres conditions de licéité imposées par celle-ci au traitement de données à caractère personnel.

**71** À cet égard, il convient de rappeler que, sous réserve des dérogations admises au titre de l'article 13 de la directive 95/46, tout traitement de données à caractère personnel doit, d'une part, être conforme aux principes relatifs à la qualité des données énoncés à l'article 6 de cette directive et, d'autre part, répondre à l'un des principes relatifs à la légitimation des traitements de données énumérés à l'article 7 de ladite directive (voir arrêts *Österreichischer Rundfunk e.a.*, EU:C:2003:294, point 65; *ASNEF et FECMD*, C-468/10 et C-469/10, EU:C:2011:777, point 26, ainsi que *Worten*, C-342/12, EU:C:2013:355, point 33).

**72** Aux termes de cet article 6 et sous réserve des dispositions spécifiques que les États membres peuvent prévoir pour des traitements à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, il incombe au responsable du traitement d'assurer que les données à caractère personnel sont «traitées loyalement et licitement», qu'elles sont «collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne [sont pas] traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités», qu'elles sont «adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement», qu'elles sont «exactes et, si nécessaire, mises à jour» et, enfin, qu'elles sont «conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement». Dans ce contexte, ce responsable doit prendre toutes les mesures raisonnables pour que les données qui ne répondent pas aux exigences de cette disposition soient effacées ou rectifiées.

**73** Quant à la légitimation, au titre de l'article 7 de la directive 95/46, d'un traitement comme celui en cause au principal effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche, celui-ci est susceptible de relever du motif visé à cet article 7, sous f).

**74** Cette disposition permet le traitement de données à caractère personnel lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les libertés et les droits fondamentaux de la personne concernée, notamment son droit au respect de sa vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui appellent une protection au titre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de cette directive. L'application dudit article 7, sous f), nécessite ainsi une pondération des droits et des intérêts opposés en cause dans le cadre de laquelle il doit être tenu compte de l'importance des droits de la personne concernée résultant des articles 7 et 8 de la Charte (voir arrêt ASNEF et FECMD, EU:C:2011:777, points 38 et 40).

**75** Si la conformité du traitement aux articles 6 et 7, sous f), de la directive 95/46 peut être vérifié dans le cadre d'une demande au sens de l'article 12, sous b), de cette directive, la personne concernée peut, en plus, se prévaloir sous certaines conditions du droit d'opposition prévu à l'article 14, premier alinéa, sous a), de celle-ci.

**76** Selon cet article 14, premier alinéa, sous a), les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit, au moins dans les cas visés à l'article 7, sous e) et f), de la directive 95/46, de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national. La pondération à effectuer dans le cadre dudit article 14, premier alinéa, sous a), permet ainsi de tenir compte de manière plus spécifique de toutes les circonstances entourant la situation concrète de la personne concernée. En cas d'opposition justifiée, le traitement mis en œuvre par le responsable de celui-ci ne peut plus porter sur ces données.

**77** Les demandes au titre des articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 peuvent être directement adressées par la personne concernée au responsable du traitement qui doit alors dûment examiner le bien-fondé de celles-ci et, le cas échéant, mettre fin au traitement des données en cause. Lorsque le responsable du traitement ne donne pas suite à ces demandes, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire pour que celles-ci effectuent les vérifications nécessaires et ordonnent à ce responsable des mesures précises en conséquence.

**78** À cet égard, il y a lieu de relever qu'il résulte de l'article 28, paragraphes 3 et 4, de la directive 95/46, que chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel et qu'elle dispose de pouvoirs d'investigation et de pouvoirs effectifs d'intervention lui permettant d'ordonner notamment le

verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou d'interdire temporairement ou définitivement un tel traitement.

**79** C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la directive 95/46 régissant les droits de la personne concernée lorsque l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire sont saisies par celle-ci d'une demande telle que celle en cause au principal.

**80** À cet égard, il importe d'emblée de relever que, ainsi qu'il a été constaté aux points 36 à 38 du présent arrêt, un traitement de données à caractère personnel, tel que celui en cause au principal, réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi d'établir un profil plus ou moins détaillé de celle-ci. En outre, l'effet de l'ingérence dans lesdits droits de la personne concernée se trouve démultiplié en raison du rôle important que jouent Internet et les moteurs de recherche dans la société moderne, lesquels confèrent aux informations contenues dans une telle liste de résultats un caractère ubiquitaire (voir, en ce sens, arrêt *eDate Advertising e.a.*, C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685, point 45).

**81** Au vu de la gravité potentielle de cette ingérence, force est de constater que celle-ci ne saurait être justifiée par le seul intérêt économique de l'exploitant d'un tel moteur dans ce traitement. Cependant, dans la mesure où la suppression de liens de la liste de résultats pourrait, en fonction de l'information en cause, avoir des répercussions sur l'intérêt légitime des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à celle-ci, il y a lieu de rechercher, dans des situations telles que celles en cause au principal, un juste équilibre notamment entre cet intérêt et les droits fondamentaux de cette personne au titre des articles 7 et 8 de la Charte. Si, certes, les droits de la personne concernée protégés par ces articles prévalent également, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes, cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment, en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique.

**82** Au terme de l'appréciation des conditions d'application des articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 à opérer lorsqu'elles sont saisies d'une demande telle que celle en cause au principal, l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire peuvent ordonner audit exploitant de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, sans qu'une ordonnance en ce sens pré suppose que ce nom et ces informations soient, du plein gré de l'éditeur ou sur ordonnance de l'une de ces autorités, supprimés au préalable ou simultanément de la page web sur laquelle ils ont été publiés.

**83** En effet, ainsi qu'il a été constaté aux points 35 à 38 du présent arrêt, dans la mesure où le traitement des données effectué dans le cadre de l'activité d'un moteur de recherche se distingue de et s'ajoute à celui effectué par les éditeurs de sites web et affecte de manière additionnelle les droits fondamentaux de la personne concernée, l'exploitant de ce moteur en tant que responsable de ce traitement doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que celui-ci satisfait aux exigences de la directive 95/46, pour que les garanties prévues par celle-ci puissent développer leur plein effet.

**84** À cet égard, il y a lieu de relever que, compte tenu de la facilité avec laquelle des informations publiées sur un site web peuvent être répliquées sur d'autres sites et du fait que les responsables de leur publication ne sont pas toujours soumis à la législation de l'Union, une protection efficace et complète des personnes concernées ne pourrait être réalisée si celles-ci devaient d'abord ou en parallèle obtenir l'effacement des informations les concernant auprès des éditeurs de sites web.

**85** En outre, le traitement par l'éditeur d'une page web, consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique, peut, le cas échéant, être effectué «aux seules fins de journalisme» et ainsi bénéficier, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci, tandis que tel n'apparaît pas être le cas s'agissant du traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche. Il ne peut ainsi être exclu que la personne concernée soit dans certaines circonstances susceptible d'exercer les droits visés aux articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 contre ledit exploitant, mais non pas contre l'éditeur de ladite page web.

**86** Enfin, il importe de constater que non seulement le motif justifiant, en vertu de l'article 7 de la directive 95/46, la publication d'une donnée à caractère personnel sur un site web ne coïncide pas forcément avec celui qui s'applique à l'activité des moteurs de recherche, mais que, même lorsque tel est le cas, le résultat de la mise en balance des intérêts en cause à effectuer en vertu des articles 7, sous f), et 14, premier alinéa,

sous a), de cette directive peut diverger selon qu'il s'agit du traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche ou de celui effectué par l'éditeur de cette page web, étant donné que, d'une part, les intérêts légitimes justifiant ces traitements peuvent être différents et, d'autre part, les conséquences qu'ont lesdits traitements pour la personne concernée, et notamment pour sa vie privée, ne sont pas nécessairement les mêmes.

**87** En effet, dans la mesure où l'inclusion dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, d'une page web et des informations qui y sont contenues relatives à cette personne facilite sensiblement l'accessibilité de ces informations à tout internaute effectuant une recherche sur la personne concernée et peut jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations, elle est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne concernée que la publication par l'éditeur de cette page web.

**88** Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question, sous c) et d), que les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, afin de respecter les droits prévus à ces dispositions et pour autant que les conditions prévues par celles-ci sont effectivement satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite.

*Sur la troisième question, concernant la portée des droits de la personne concernée garantis par la directive 95/46*

**89** Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent à la personne concernée d'exiger de l'exploitant d'un moteur de recherche de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, des liens vers des pages web, publiées légalement par des tiers et contenant des informations véridiques relatives à cette dernière, au motif que ces informations sont susceptibles de lui porter préjudice ou qu'elle désire que celles-ci soient «oubliées» après un certain temps.

**90** Google Spain, Google Inc., les gouvernements hellénique, autrichien et polonais ainsi que la Commission estiment que cette question appelle une réponse négative. Google Spain, Google Inc., le



gouvernement polonais et la Commission font valoir à cet égard que les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 confèrent des droits aux personnes concernées uniquement à la condition que le traitement en question soit incompatible avec cette directive ou pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à leur situation particulière, et non pas au simple motif qu'elles estiment que ce traitement est susceptible de leur porter préjudice ou qu'elles souhaitent que les données faisant l'objet dudit traitement tombent dans l'oubli. Les gouvernements hellénique et autrichien considèrent que la personne concernée doit s'adresser à l'éditeur du site web concerné.

**91** M. Costeja González ainsi que les gouvernements espagnol et italien sont de l'avis que la personne concernée peut s'opposer à l'indexation de ses données personnelles par un moteur de recherche lorsque la diffusion de ces données par l'intermédiaire de celui-ci lui porte préjudice et que ses droits fondamentaux à la protection desdites données et au respect de la vie privée, lesquels englobent le «droit à l'oubli», prévalent sur les intérêts légitimes de l'exploitant dudit moteur et l'intérêt général à la liberté d'information.

**92** S'agissant de l'article 12, sous b), de la directive 95/46, dont l'application est soumise à la condition que le traitement de données à caractère personnel est incompatible avec cette directive, il convient de rappeler que, ainsi qu'il a été relevé au point 72 du présent arrêt, une telle incompatibilité peut résulter non seulement du fait que ces données sont inexactes, mais, en particulier, aussi du fait qu'elles sont inadéquates, non pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement, qu'elles ne sont pas mises à jour ou qu'elles sont conservées pendant une durée excédant celle nécessaire, à moins que leur conservation s'impose à des fins historiques, statistiques ou scientifiques.

**93** Il découle de ces exigences, prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous c) à e), de la directive 95/46, que même un traitement initialement licite de données exactes peut devenir, avec le temps, incompatible avec cette directive lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées. Tel est notamment le cas lorsqu'elles apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé.

**94** Partant, dans l'hypothèse où il est constaté, à la suite d'une demande de la personne concernée en vertu de l'article 12, sous b), de la directive 95/46, que l'inclusion dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, des liens vers des pages web, publiées légalement par des tiers et contenant des informations véridiques relatives à sa personne, est, au stade actuel, incompatible avec ledit article 6, paragraphe 1, sous c) à e), en raison du fait que ces informations apparaissent, eu égard à l'ensemble des circonstances

caractérisant le cas d'espèce, inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche, les informations et les liens concernés de ladite liste de résultats doivent être effacés.

**95** En ce qui concerne les demandes au sens de cet article 12, sous b), fondées sur le prétendu non-respect des conditions prévues à l'article 7, sous f), de la directive 95/46 ainsi que celles au titre de l'article 14, premier alinéa, sous a), de cette directive, il convient de relever que chaque traitement de données à caractère personnel doit être légitimé en vertu de cet article 7 pour toute la durée pendant laquelle il est effectué.

**96** Au vu de ce qui précède, dans le cadre de l'appréciation de telles demandes introduites à l'encontre d'un traitement tel que celui en cause au principal, il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom. À cet égard, il convient de souligner que la constatation d'un tel droit ne présuppose pas que l'inclusion de l'information en question dans la liste de résultats cause un préjudice à la personne concernée.

**97** La personne concernée pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander à ce que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public par son inclusion dans une telle liste de résultats, il y a lieu de considérer, ainsi qu'il ressort notamment du point 81 du présent arrêt, que ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à trouver ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question.

**98** S'agissant d'une situation comme celle en cause au principal, qui concerne l'affichage, dans la liste de résultats que l'internaute obtient en effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée à l'aide de Google Search, de liens vers des pages des archives en ligne d'un quotidien contenant des annonces mentionnant le nom de cette personne et se rapportant à une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée aux fins du recouvrement de dettes en matière de sécurité sociale, il convient de considérer que, eu égard à la sensibilité des informations contenues dans ces annonces pour la vie privée de ladite personne et au fait que leur publication initiale avait été effectuée 16 ans auparavant, la personne concernée justifie d'un droit à ce que ces informations ne soient plus liées à son nom au moyen d'une telle liste.

Dès lors, dans la mesure où il ne semble pas exister, en l'occurrence, de raisons particulières justifiant un intérêt prépondérant du public à avoir, dans le cadre d'une telle recherche, accès à ces informations, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier, la personne concernée peut, en vertu des articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46, exiger la suppression desdits liens de cette liste de résultats.

**99** Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre à la troisième question que les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre de l'appréciation des conditions d'application de ces dispositions, il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information en question relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question.

### **Sur les dépens**

**100** La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

**1) L'article 2, sous b) et d), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, doit être interprété en ce sens que, d'une part, l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de**

**manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel », au sens de cet article 2, sous b), lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel et, d'autre part, l'exploitant de ce moteur de recherche doit être considéré comme le « responsable » dudit traitement, au sens dudit article 2, sous d).**

**2) L'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre.**

**3) Les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, afin de respecter les droits prévus à ces dispositions et pour autant que les conditions prévues par celles-ci sont effectivement satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite.**

**4) Les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre de l'appréciation des conditions d'application de ces dispositions, il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information en question relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt**

**de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question.**



Cour de justice de l'Union européenne  
A, B, C contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie  
Affaires jointes C-148/13 à C-150/13  
2 décembre 2014





« Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Directive 2004/83/CE – Normes minimales relatives aux conditions d’octroi du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire – Article 4 – Évaluation des faits et des circonstances – Modalités d’appréciation – Acceptation de certains éléments de preuve – Étendue des pouvoirs des autorités nationales compétentes – Crainte de persécution en raison de l’orientation sexuelle – Différences entre, d’une part, les limitations relatives aux vérifications des déclarations et des preuves documentaires ou autres quant à la prétendue orientation sexuelle d’un demandeur d’asile et, d’autre part, celles qui s’appliquent aux vérifications de ces éléments concernant d’autres motifs de persécution – Directive 2005/85/CE – Normes minimales concernant la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres – Article 13 – Conditions auxquelles est soumis l’entretien personnel – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Article 1er – Dignité humaine – Article 7 – Respect de la vie privée et familiale »

Dans les affaires jointes C-148/13 à C-150/13, ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduites par le Raad van State (Pays-Bas), par décisions du 20 mars 2013, parvenues à la Cour le 25 mars 2013, dans les procédures

**A** (C-148/13),  
**B** (C-149/13),  
**C** (C-150/13)

contre

**Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,**

en présence de:

**United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR),**

LA COUR (grande chambre), composée de M. V. Skouris, président, M. K. Lenaerts, vice-président, MM. A. Tizzano, L. Bay Larsen (rapporteur), T. von Danwitz, A. Ó Caoimh et J.-C. Bonichot, présidents de chambre, MM. A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, E. Jarašiūnas, C. G. Fernlund et J. L. da Cruz Vilaça, juges,

avocat général: M<sup>me</sup> E. Sharpston,

greffier: M<sup>me</sup> M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 25 février 2014,

considérant les observations présentées :

- pour A, par M<sup>e</sup> N. C. Blomjous, advocaat,
- pour B, par M<sup>e</sup> C. Chen, advocaat,
- pour l’United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), par M<sup>me</sup> P. Moreau, en qualité d’agent, assistée de M<sup>me</sup> M.-E. Demetriou, QC,
- pour le gouvernement néerlandais, par M<sup>mes</sup> C. Schillemans, M. Bulterman et B. Koopman, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement belge, par M<sup>mes</sup> M. Jacobs et C. Pochet, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement tchèque, par MM. M. Smolek et J. Vlácil, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement allemand, par M. T. Henze et M<sup>me</sup> A. Wiedmann, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement hellénique, par M<sup>me</sup> M. Michelogiannaki, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement français, par MM. D. Colas et S. Menez, en qualité d’agents,
- pour la Commission européenne, par M<sup>me</sup> M. Condou-Durande et M. R. Troosters, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 17 juillet 2014,

rend le présent

## **Arrêt**

**1** Les demandes de décision préjudicielle portent sur l’interprétation de l’article 4 de la directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d’autres raisons, ont besoin d’une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (JO L 304, p. 12, et rectificatifs JO 2005, L 204, p. 24, et JO 2011, L 278, p. 13), ainsi que des articles 3 et 7 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « Charte »).

**2** Ces demandes ont été présentées dans le cadre de litiges opposant A, B et C, ressortissants d’États tiers, au Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (secrétaire d’État au ministère de la Sécurité et de la Justice, ci-après le « Staatssecretaris ») au sujet du rejet de leurs demandes tendant à obtenir un permis de séjour temporaire (asile) aux Pays-Bas.

## **Le cadre juridique**

### *Le droit international*

**3** En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, section A, paragraphe 2, premier alinéa, de la convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951 et entrée en vigueur le 22 avril 1954 [*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, p. 150, n° 2545 (1954), ci-après la « convention de Genève »], telle que complétée par le protocole relatif au statut des réfugiés, conclu à New York le 31 janvier 1967, lui-même entré en vigueur le 4 octobre 1967, le terme « réfugié » s'applique à toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

### *Le droit de l'Union*

#### La directive 2004/83

**4** Aux termes du considérant 3 de la directive 2004/83, la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés.

**5** Le considérant 10 de ladite directive énonce :

« La présente directive respecte les droits fondamentaux ainsi que les principes reconnus notamment par la [Charte]. En particulier, la présente directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et du droit d'asile des demandeurs d'asile et des membres de leur famille qui les accompagnent. »

**6** Le considérant 16 de la même directive dispose qu'il convient que des normes minimales relatives à la définition et au contenu du statut de réfugié soient établies pour aider les instances nationales compétentes des États membres à appliquer la convention de Genève.

**7** Selon le considérant 17 de la directive 2004/83, il est nécessaire d'adopter des critères communs pour reconnaître aux demandeurs d'asile le statut de réfugié au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Genève.

**8** Aux termes de l'article 2 de la même directive, aux fins de celle-ci, on entend par :

« [...] »

c) 'réfugié', tout ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions

politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...]  
[...] »

**9** L'article 4 de la directive 2004/83, contenu au chapitre II de celle-ci, intitulé « Évaluation des demandes de protection internationale », définit les conditions d'évaluation des faits et des circonstances et dispose :

« 1. Les États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale. Il appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande.

2. Les éléments visés au paragraphe 1 correspondent aux informations du demandeur et à tous les documents dont le demandeur dispose concernant son âge, son passé, y compris celui des parents à prendre en compte, son identité, sa ou ses nationalité(s), le ou les pays ainsi que le ou les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire, ses pièces d'identité et ses titres de voyage, ainsi que les raisons justifiant la demande de protection internationale.

3. Il convient de procéder à l'évaluation individuelle d'une demande de protection internationale en tenant compte des éléments suivants :

a) tous les faits pertinents concernant le pays d'origine au moment de statuer sur la demande, y compris les lois et règlements du pays d'origine et la manière dont ils sont appliqués ;

b) les informations et documents pertinents présentés par le demandeur, y compris les informations permettant de déterminer si le demandeur a fait ou pourrait faire l'objet de persécution ou d'atteintes graves ;

c) le statut individuel et la situation personnelle du demandeur, y compris des facteurs comme son passé, son sexe et son âge, pour déterminer si, compte tenu de la situation personnelle du demandeur, les actes auxquels le demandeur a été ou risque d'être exposé pourraient être considérés comme une persécution ou une atteinte grave ;

d) le fait que, depuis qu'il a quitté son pays d'origine, le demandeur a ou non exercé des activités dont le seul but ou le but principal était de créer les conditions nécessaires pour présenter une demande de protection internationale, pour déterminer si ces activités l'exposeraient à une persécution ou à une atteinte grave s'il retournait dans ce pays ;

e) le fait qu'il est raisonnable de penser que le demandeur pourrait se prévaloir de la protection d'un autre pays dont il pourrait revendiquer la citoyenneté.

[...]

5. Lorsque les États membres appliquent le principe selon lequel il appartient au demandeur d'étayer sa demande, et lorsque certains aspects des déclarations du demandeur ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation lorsque les conditions suivantes sont remplies :

a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande ;

b) tous les éléments pertinents à la disposition du demandeur ont été présentés et une explication satisfaisante a été fournie quant à l'absence d'autres éléments probants ;

c) les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles et elles ne sont pas contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande ;

d) le demandeur a présenté sa demande de protection internationale dès que possible, à moins qu'il puisse avancer de bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait, et

e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établie. »

**10** L'article 10 de la directive 2004/83, intitulé « Motifs de la persécution », dispose :

« 1. Lorsqu'ils évaluent les motifs de la persécution, les États membres tiennent compte des éléments suivants :

[...]

d) un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier:

– ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et

– ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante.

En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres. [...]

[...] »

La directive 2005/85/CE

**11** La directive 2005/85/CE du Conseil, du 1<sup>er</sup> décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (JO L 326, p. 13, et rectificatif JO 2006, L 236, p. 36), indique à son considérant 8 qu'elle respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus, notamment, par la Charte.

**12** L'article 13 de la directive 2005/85, qui précise les conditions auxquelles est soumis l'entretien personnel, dispose à son paragraphe 3 :

« Les États membres prennent les mesures appropriées pour faire en sorte que l'entretien personnel soit mené dans des conditions qui permettent au demandeur d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande. À cet effet, les États membres :

a) veillent à ce que la personne chargée de mener l'entretien soit suffisamment compétente pour tenir compte de la situation personnelle ou générale dans laquelle s'inscrit la demande, notamment l'origine culturelle ou la vulnérabilité du demandeur, pour autant qu'il soit possible de le faire [...]

[...] »

*Le droit néerlandais*

**13** La réglementation nationale pertinente figure à l'article 31 de la loi de 2000 sur les étrangers (Vreemdelingenwet 2000), à l'article 3.111 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers (Vreemdelingenbesluit 2000) et à l'article 3.35 du règlement de 2000 sur les étrangers (Voorschrift Vreemdelingen 2000).

**14** Ces dispositions ont été précisées par les paragraphes C2/2.1, C2/2.1.1 et C14/2.1 à C14/2.4 de la circulaire de 2000 relative aux étrangers (Vreemdelingen circulaire 2000).

**15** Aux termes de l'article 31, paragraphe 1, de la loi de 2000 sur les étrangers, lu en combinaison avec l'article 3.111, paragraphe 1, de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, il appartient au demandeur d'asile concerné d'établir la vraisemblance des motifs de l'octroi d'un permis de séjour temporaire (asile), ce demandeur étant tenu de fournir, de sa propre initiative, toutes les données pertinentes afin que l'autorité puisse se prononcer sur sa demande. Le Staatssecretaris apprécie si l'octroi de ladite autorisation est fondé en droit.

**16** Selon l'article 3.111, paragraphe 1, de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, lorsqu'un demandeur d'asile demande la délivrance d'un permis de séjour, visé à l'article 28 de la loi de 2000 sur les étrangers, celui-ci fournit toutes les données, y compris les documents pertinents, sur la base desquelles le Staatssecretaris peut apprécier, en collaboration avec le demandeur d'asile concerné, s'il existe un fondement juridique pour l'octroi de ce permis.

**17** Conformément au paragraphe C14/2.1 de la circulaire de 2000 relative aux étrangers, l'appréciation de la crédibilité des déclarations d'un demandeur d'asile porte sur les faits ou les circonstances qu'il expose. Les circonstances factuelles sont les données concernant la personne du demandeur d'asile concerné, notamment l'orientation sexuelle.

**18** Selon le paragraphe C14/2.2 de cette circulaire, un demandeur d'asile est tenu de dire la vérité et de collaborer pleinement à la constatation, aussi complète que possible, de l'ensemble des faits. Il doit informer, le plus tôt possible, le service de l'immigration et de la naturalisation de tous les événements et circonstances factuels importants pour le traitement de sa demande.

**19** Conformément au paragraphe C14/2.3 de ladite circulaire, il n'est pas exclu que le caractère non crédible d'une partie des déclarations d'un demandeur d'asile entache également le caractère crédible de toutes les autres parties des déclarations de ce dernier.

**20** Aux termes du paragraphe C14/2.4 de la même circulaire, il suffit en principe qu'un demandeur d'asile ait rendu plausibles ses déclarations. À cet effet, il est attendu de lui qu'il produise des documents à l'appui de sa demande. Cependant, pour apprécier la crédibilité des déclarations que le demandeur d'asile concerné a produites à l'appui de sa demande, il ne s'agit pas de savoir si, et dans quelle mesure, celles-ci peuvent être prouvées. En effet, dans beaucoup de cas les demandeurs d'asile ont établi qu'ils ne sont pas en mesure de prouver leurs déclarations et qu'il

ne peut raisonnablement pas être exigé de leur part qu'ils apportent des éléments de preuve convaincants à l'appui de leur récit.

**21** Le Staatssecretaris peut considérer comme étant crédibles les déclarations au titre de l'article 3.35, paragraphe 3, du règlement de 2000 sur les étrangers et, dès lors, ne pas en exiger la confirmation si la crédibilité générale du demandeur d'asile a pu être établie.

### **Les litiges au principal et la question préjudicielle**

**22** A, B et C, ressortissants de pays tiers, ont chacun introduit une demande de permis de séjour temporaire (asile) aux Pays-Bas. À l'appui de leurs demandes, ils ont fait valoir qu'ils craignaient d'être persécutés dans leurs pays d'origine respectifs en raison, notamment, de leur homosexualité.

**23** La première demande d'asile introduite par A a été rejetée par le Staatssecretaris comme n'étant pas crédible.

**24** A n'a pas contesté cette première décision de refus et a introduit une seconde demande d'asile en indiquant qu'il était prêt à se soumettre à un « test » qui prouverait son homosexualité ou à accomplir un acte homosexuel pour démontrer la réalité de la prétendue orientation sexuelle.

**25** Par décision du 12 juillet 2011, le Staatssecretaris a rejeté la seconde demande de A au motif que la crédibilité de l'orientation sexuelle alléguée par ce dernier n'était toujours pas établie. Le Staatssecretaris a considéré qu'il ne convenait pas de se fonder uniquement sur la prétendue orientation sexuelle du demandeur d'asile sans aucune évaluation du caractère crédible de celle-ci.

**26** Le 1<sup>er</sup> août 2012, le Staatssecretaris a rejeté la demande de B aux motifs que les déclarations concernant son homosexualité étaient vagues, sommaires et dépourvues de crédibilité. Par ailleurs, selon le Staatssecretaris, dans la mesure où B est originaire d'un pays où l'homosexualité n'est pas acceptée, ce premier devrait pouvoir apporter plus de détails quant à ses sentiments et au processus intérieur relatif à son orientation sexuelle.

**27** C a introduit une première demande d'asile pour des motifs autres que la persécution en raison de son homosexualité, qui a été rejetée par le Staatssecretaris.

**28** C n'a pas contesté cette première décision et a introduit une seconde demande d'asile fondée, cette fois-ci, sur la crainte d'être persécuté dans son pays d'origine du fait de son homosexualité. Dans le cadre de cette seconde demande, C a soutenu qu'il n'a pu reconnaître son attirance

homosexuelle qu'après avoir quitté son pays d'origine. À l'appui de sa demande, C a également remis aux autorités chargées de l'examen de celle-ci un enregistrement vidéo d'actes intimes avec une personne du même sexe.

**29** Par décision du 8 octobre 2012, le Staatssecretaris a rejeté la demande d'asile de C au motif que les déclarations de ce dernier concernant son homosexualité n'étaient pas crédibles. Le Staatssecretaris a considéré que C aurait dû faire état de sa prétendue orientation sexuelle lors de la première demande d'asile, que ce dernier n'a pas expliqué clairement comment il avait pris conscience de son homosexualité et n'a pas pu répondre aux questions relatives aux organisations néerlandaises de défense des droits des homosexuels.

**30** À la suite du rejet de leurs demandes de permis de séjour temporaire (asile), A, B et C ont formé des recours contre ces décisions de rejet devant le Rechtbank 's-Gravenhage.

**31** Par jugements du 9 septembre 2011 et du 30 octobre 2012, le Rechtbank 's-Gravenhage a rejeté les recours respectivement de A et de C comme non fondés. Cette juridiction a considéré que, d'une part, A et C auraient dû, dans leurs recours respectifs, contester les premières décisions de refus du Staatssecretaris et, d'autre part, ils ne démontraient pas, dans le cadre de la seconde procédure de demande d'asile, le caractère crédible de leurs déclarations concernant leur prétendue homosexualité.

**32** Par jugement du 23 août 2012, le recours formé par B contre la décision de refus du Staatssecretaris a également été rejeté. Le Rechtbank 's-Gravenhage a considéré que le Staatssecretaris avait pu raisonnablement conclure que les déclarations de B concernant son homosexualité n'étaient pas crédibles.

**33** A, B, et C ont interjeté appel desdits jugements devant le Raad van State.

**34** Dans le cadre de ces procédures d'appel, A, B et C font notamment valoir que, en raison de l'impossibilité de constater objectivement l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile, les autorités chargées de l'examen d'une demande d'asile devraient fonder leurs décisions sur la seule affirmation de ces demandeurs quant à cette prétendue orientation.

**35** Or, selon les requérants au principal, dans le cadre de l'évaluation de la crédibilité des déclarations faites par un demandeur d'asile, lesdites autorités posent des questions relatives à cette prétendue orientation, lesquelles portent atteinte, notamment, au respect de la dignité du demandeur et à son droit au respect de la vie privée, ne tenant de surcroît pas compte de la gêne que ce demandeur pourrait ressentir lors des



auditions ni des barrières culturelles qui l'empêcheraient de parler ouvertement de cette orientation. Par ailleurs, le fait que le Staatssecretaris considère les récits des demandeurs d'asile comme n'étant pas crédibles ne devrait pas emporter la même conclusion quant à la crédibilité de l'orientation sexuelle elle-même.

**36** Le Staatssecretaris fait observer qu'il ne ressort ni de la directive 2004/83 ni de la Charte qu'il convient de statuer sur la base de la seule affirmation des demandeurs d'asile quant à leur prétendue orientation sexuelle. Il conviendrait néanmoins de vérifier non pas le fait que les demandeurs d'asile possèdent effectivement l'orientation sexuelle qu'ils prétendent avoir, mais plutôt qu'ils aient rendu plausible le fait qu'ils appartiennent à un groupe social, au sens de l'article 10, paragraphe 1, sous d), de la directive 2004/83, ou encore que les acteurs de la persécution les considèrent comme tels au sens de l'article 10, paragraphe 2, de cette directive.

**37** Par ailleurs, selon le Staatssecretaris, les demandeurs d'asile ne peuvent que rarement fournir la preuve de leur homosexualité autrement que par leurs propres déclarations, de sorte que, lorsque ces déclarations sont considérées comme étant cohérentes et plausibles et que la crédibilité générale du demandeur d'asile a pu être établie, ces demandeurs doivent se voir conférer le bénéfice du doute.

**38** Selon le Staatssecretaris, l'appréciation qu'il doit effectuer de la crédibilité de l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile n'est pas différente de celle concernant d'autres motifs de persécution. Cette autorité tiendrait toutefois compte des problèmes spécifiques liés aux déclarations relatives à l'orientation sexuelle. Il serait notamment recommandé aux collaborateurs chargés des auditions des demandeurs d'asile de ne pas poser de questions directes quant à la manière dont ces demandeurs d'asile vivent leur orientation. Par ailleurs, aucune importance ne serait attachée aux images d'actes intimes produites par les demandeurs d'asile à titre de preuve, étant donné qu'elles ne démontrent que la pratique d'actes sexuels elle-même et non pas la réalité de la prétendue orientation sexuelle.

**39** Le Raad van State précise que ni l'article 4 de la directive 2004/83 ni les dispositions invoquées de la Charte n'obligent le Staatssecretaris de considérer comme établie l'orientation sexuelle alléguée des demandeurs d'asile sur la base de leurs seules déclarations. Par ailleurs, selon cette juridiction, la vérification de l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile n'est pas différente de celle d'autres motifs de persécution.

**40** Néanmoins, le Raad van State s'interroge sur les éventuelles limites qu'imposeraient les dispositions de l'article 4 de la directive 2004/83 ainsi que les dispositions des articles 3 et 7 de la Charte quant à la vérification de l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile.

**41** Le juge de renvoi considère que le fait de poser des questions au demandeur d'asile peut, dans une certaine mesure, porter atteinte aux droits garantis par lesdites dispositions de la Charte.

**42** Selon cette juridiction, quelle que soit la méthode adoptée dans l'État membre concerné en vue de l'examen de la réalité de l'orientation sexuelle alléguée, le risque d'atteinte aux droits fondamentaux des demandeurs d'asile, tels que consacrés aux articles 3 et 7 de la Charte, ne saurait être exclu.

**43** C'est dans ces conditions que le Raad van State a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante, qui est formulée dans des termes identiques dans chacune des affaires C-148/13 à C-150/13 :

« Quelles sont les limitations imposées par l'article 4 de la [directive 2004/83] et par la [Charte], en particulier ses articles 3 et 7, à la manière dont est apprécié le caractère crédible d'une orientation sexuelle prétendue; ces limitations sont-elles différentes de celles valant pour l'appréciation du caractère crédible d'autres motifs de persécution et, dans l'affirmative, à quel égard ? »

**44** Par décision de la Cour du 19 avril 2013, les affaires C-148/13 à C-150/13 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

### **Sur la question préjudicielle**

#### *Observations liminaires*

**45** Il ressort des considérants 3, 16 et 17 de la directive 2004/83 que la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés et que les dispositions de cette directive relatives aux conditions d'octroi du statut de réfugié ainsi qu'au contenu de ce dernier ont été adoptées pour aider les autorités compétentes des États membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et des critères communs (arrêt N., C-604/12, EU:C:2014:302, point 27).

**46** L'interprétation des dispositions de la directive 2004/83 doit, dès lors, être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 78, paragraphe 1, TFUE. Cette interprétation doit également se faire, ainsi qu'il ressort du considérant 10 de cette directive, dans le respect des droits reconnus par la Charte (arrêt X e.a., C-199/12 à C-201/12, EU:C:2013:720, point 40).

**47** Par ailleurs, il convient de rappeler que la directive 2004/83 ne comporte pas de règles de procédure applicables à l'examen d'une demande de protection internationale ni, partant, ne détermine les garanties procédurales qui doivent être accordées au demandeur d'asile. C'est la directive 2005/85 qui établit des normes minimales concernant les procédures d'examen des demandes et précise les droits des demandeurs d'asile, dont il convient de tenir compte dans le cadre de l'examen des affaires au principal.

*Sur la question*

**48** Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 4 de la directive 2004/83, lu à la lumière des dispositions de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il impose aux autorités nationales compétentes, agissant sous le contrôle du juge, certaines limites lorsqu'elles apprécient les faits et les circonstances concernant la prétendue orientation sexuelle d'un demandeur d'asile, dont la demande est fondée sur une crainte de persécution en raison de cette orientation.

**49** À cet égard, il convient d'indiquer d'emblée que, contrairement aux allégations des requérants au principal, selon lesquelles les autorités compétentes chargées de l'examen d'une demande d'asile fondée sur une crainte de persécution en raison de l'orientation sexuelle du demandeur d'asile devraient considérer sa prétendue orientation comme un fait établi sur la base des seules déclarations de ce demandeur, lesdites déclarations ne sauraient constituer, compte tenu du contexte particulier dans lequel s'inscrivent les demandes d'asile, que le point de départ dans le processus d'examen des faits et des circonstances prévu à l'article 4 de la directive 2004/83.

**50** En effet, il ressort du libellé même de l'article 4, paragraphe 1, de ladite directive que, dans le cadre de cet examen, les États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale, l'État membre évaluant, en coopération avec ce demandeur, les éléments pertinents de cette demande.

**51** En outre, il résulte de l'article 4, paragraphe 5, de la directive 2004/83 que, lorsque les conditions énumérées aux points a) à e) de cette disposition ne sont pas remplies, les déclarations des demandeurs d'asile relatives à leur prétendue orientation sexuelle peuvent nécessiter confirmation.

**52** Il s'ensuit que, bien qu'il appartienne au demandeur d'asile d'identifier cette orientation, qui constitue un élément relevant de sa sphère personnelle, les demandes d'octroi du statut de réfugié motivées par une crainte de persécution en raison de cette orientation, tout comme les

demandes fondées sur d'autres motifs de persécution, peuvent faire l'objet d'un processus d'évaluation, prévu à l'article 4 de la même directive.

**53** Toutefois, les modalités d'appréciation, par les autorités compétentes, des déclarations et des éléments de preuve documentaires ou autres présentés à l'appui de telles demandes doivent être conformes aux dispositions des directives 2004/83 et 2005/85 ainsi que, comme il ressort, respectivement, des considérants 10 et 8 de ces directives, aux droits fondamentaux garantis par la Charte, tels que le droit au respect de la dignité humaine, consacré à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 7 de celle-ci.

**54** Même si les dispositions de l'article 4 de la directive 2004/83 sont applicables à toutes les demandes de protection internationale, quels que soient les motifs de persécution invoqués à l'appui de ces demandes, il n'en reste pas moins qu'il appartient aux autorités compétentes d'adapter leurs modalités d'appréciation des déclarations et des éléments de preuve documentaires ou autres en fonction des caractéristiques propres à chaque catégorie de demande d'asile, dans le respect des droits garantis par la Charte.

**55** Concernant l'évaluation des faits et des circonstances prévue à l'article 4 de la directive 2004/83, cette évaluation se déroule, ainsi qu'il a été jugé au point 64 de l'arrêt M. (C-277/11, EU:C:2012:744), en deux étapes distinctes. La première concerne l'établissement des circonstances factuelles susceptibles de constituer les éléments de preuve au soutien de la demande, alors que la seconde étape est relative à l'appréciation juridique de ces éléments, consistant à décider si, au vu des faits caractérisant un cas d'espèce, les conditions de fond prévues aux articles 9 et 10 ou 15 de la directive 2004/83 pour l'octroi d'une protection internationale sont remplies.

**56** Dans le cadre de cette première étape, dans laquelle s'inscrivent précisément les interrogations de la juridiction de renvoi dans chacune des affaires au principal, si les États membres peuvent considérer qu'il appartient normalement au demandeur de présenter tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande, celui-ci étant d'ailleurs plus à même d'apporter des éléments de nature à établir sa propre orientation sexuelle, il n'en demeure pas moins qu'il incombe à l'État membre concerné de coopérer avec ce demandeur au stade de la détermination des éléments pertinents de cette demande, conformément à l'article 4, paragraphe 1, de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt M., EU:C:2012:744, point 65).

**57** Il convient de relever à cet égard que, conformément à l'article 4, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/83, cette évaluation doit être individuelle et tenir compte du statut individuel ainsi que de la situation personnelle du demandeur, y compris des facteurs tels que son passé, son

sexe et son âge, pour déterminer si, compte tenu de cette situation, les actes auxquels celui-ci a été ou risque d'être exposé peuvent être considérés comme une persécution ou une atteinte grave.

**58** Par ailleurs, ainsi qu'il a été rappelé au point 51 du présent arrêt, dans le cadre des vérifications opérées par les autorités compétentes, en vertu de l'article 4 de ladite directive, lorsque certains aspects des déclarations d'un demandeur d'asile ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation, pourvu que les conditions cumulatives fixées à l'article 4, paragraphe 5, sous a) à e), de la même directive sont remplies.

**59** Quant aux modalités d'appréciation des déclarations et des preuves documentaires ou autres en cause dans chacune des affaires au principal, il convient, en vue de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, de limiter la présente analyse à la conformité avec les dispositions des directives 2004/83 et 2005/85 ainsi que celles de la Charte, d'une part, des vérifications opérées par les autorités compétentes au moyen d'interrogatoires fondés, notamment, sur des stéréotypes concernant les homosexuels ou d'interrogatoires détaillés relatifs aux pratiques sexuelles d'un demandeur d'asile, ainsi que de la possibilité, pour ces autorités, d'accepter que ledit demandeur se soumette à des « tests » en vue d'établir son homosexualité et/ou qu'il produise, de son propre gré, des enregistrements vidéo de ses actes intimes et, d'autre part, de la possibilité pour les autorités compétentes de retenir le défaut de crédibilité du seul fait que la prétendue orientation sexuelle de ce même demandeur n'a pas été invoquée par ce dernier à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution.

**60** S'agissant, en premier lieu, des examens fondés sur des interrogatoires portant sur la connaissance, par le demandeur d'asile concerné, d'associations de défense des intérêts des homosexuels et de détails relatifs à ces associations, ils impliqueraient, selon le requérant au principal dans l'affaire C-150/13, que lesdites autorités fondent leurs appréciations sur des notions stéréotypées relatives aux comportements des homosexuels et non pas sur la situation concrète de chaque demandeur d'asile.

**61** À cet égard, il importe de rappeler que l'article 4, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/83 impose aux autorités compétentes de procéder à l'évaluation en tenant compte du statut individuel et de la situation personnelle du demandeur et que l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85 exige de ces mêmes autorités de mener l'entretien en tenant compte de la situation personnelle ou générale dans laquelle s'inscrit la demande d'asile.

**62** Si des interrogatoires portant sur des notions stéréotypées peuvent constituer un élément utile à la disposition des autorités compétentes aux

fins de cette évaluation, cependant l'évaluation des demandes d'octroi du statut de réfugié sur la seule base de notions stéréotypées associées aux homosexuels ne répond pas aux exigences des dispositions mentionnées au point précédent, en ce qu'elle ne permet pas auxdites autorités de tenir compte de la situation individuelle et personnelle du demandeur d'asile concerné.

**63** Dès lors, l'incapacité d'un demandeur d'asile à répondre à de telles questions ne saurait constituer, à elle seule, un motif suffisant en vue de conclure au défaut de crédibilité du demandeur, dans la mesure où une telle approche serait contraire aux exigences de l'article 4, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/83 ainsi qu'à celles de l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85.

**64** En deuxième lieu, si les autorités nationales sont fondées à procéder, le cas échéant, à des interrogatoires destinés à apprécier les faits et les circonstances concernant la prétendue orientation sexuelle d'un demandeur d'asile, les interrogatoires concernant les détails des pratiques sexuelles de ce demandeur sont contraires aux droits fondamentaux garantis par la Charte et, notamment, au droit au respect de la vie privée et familiale, tel que consacré à l'article 7 de celle-ci.

**65** S'agissant, en troisième lieu, de la possibilité, pour les autorités nationales, d'accepter, ainsi que l'ont proposé certains requérants au principal, l'accomplissement d'actes homosexuels, leur soumission à d'éventuels «tests» en vue d'établir leur homosexualité ou encore la production par lesdits demandeurs de preuves telles que des enregistrements vidéo de leurs actes intimes, il importe de souligner que, outre que de tels éléments n'ont pas de valeur nécessairement probante, ils seraient de nature à porter atteinte à la dignité humaine, dont le respect est garanti par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte.

**66** Au surplus, autoriser ou accepter un tel type de preuves emporterait un effet incitatif à l'égard d'autres demandeurs et reviendrait, de facto, à imposer à ces derniers de telles preuves.

**67** En quatrième lieu, s'agissant de la possibilité pour les autorités compétentes de retenir le défaut de crédibilité lorsque, notamment, la prétendue orientation sexuelle de ce demandeur n'a pas été invoquée par celui-ci à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution, il convient d'indiquer ce qui suit.

**68** Il ressort des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2004/83 que les États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter « aussi rapidement que possible » tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale.

**69** Toutefois, compte tenu du caractère sensible des questions ayant trait à la sphère personnelle d'une personne et, notamment, à sa sexualité, il ne saurait être conclu au défaut de crédibilité de celle-ci du seul fait que, en raison de sa réticence à révéler des aspects intimes de sa vie, cette personne n'ait pas d'emblée déclaré son homosexualité.

**70** Par ailleurs, il convient d'observer que l'obligation prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2004/83 de présenter tous les éléments nécessaires pour étayer la demande de protection internationale «aussi rapidement que possible» est tempérée par l'exigence qui est imposée aux autorités compétentes, au titre de l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85 et de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2004/83, de mener l'entretien en tenant compte de la situation personnelle ou générale dans laquelle s'inscrit la demande, notamment de la vulnérabilité du demandeur et de procéder à une évaluation individuelle de cette demande, en tenant compte du statut individuel et de la situation personnelle de chaque demandeur.

**71** Ainsi, considérer qu'un demandeur d'asile ne serait pas crédible au seul motif qu'il n'a pas dévoilé son orientation sexuelle à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution conduirait à méconnaître l'exigence évoquée au point précédent.

**72** Eu égard à tout ce qui précède, il convient de répondre à la question posée dans chacune des affaires C-148/13 à C-150/13 :

- l'article 4, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/83 ainsi que l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans le cadre de l'examen, par les autorités nationales compétentes, agissant sous le contrôle du juge, des faits et des circonstances concernant la prétendue orientation sexuelle d'un demandeur d'asile, dont la demande est fondée sur une crainte de persécution en raison de cette orientation, les déclarations de ce demandeur ainsi que les éléments de preuve documentaires ou autres présentés à l'appui de sa demande fassent l'objet d'une appréciation, par lesdites autorités, au moyen d'interrogatoires fondés sur la seule base de notions stéréotypées concernant les homosexuels ;

- l'article 4 de la directive 2004/83, lu à la lumière de l'article 7 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, dans le cadre de cet examen, les autorités nationales compétentes procèdent à des interrogatoires détaillés sur les pratiques sexuelles d'un demandeur d'asile ;

- l'article 4 de la directive 2004/83, lu à la lumière de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, dans le cadre dudit examen, lesdites autorités acceptent des éléments de preuve, tels que l'accomplissement par le demandeur d'asile concerné d'actes

homosexuels, sa soumission à des «tests» en vue d'établir son homosexualité ou encore la production par celui-ci d'enregistrements vidéo de tels actes ;

– l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2004/83 ainsi que l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans le cadre de ce même examen, les autorités nationales compétentes concluent au défaut de crédibilité des déclarations du demandeur d'asile concerné au seul motif que sa prétendue orientation sexuelle n'a pas été invoquée par ce demandeur à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution.

### **Sur les dépens**

**73** La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

**L'article 4, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, ainsi que l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85/CE du Conseil, du 1<sup>er</sup> décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans le cadre de l'examen, par les autorités nationales compétentes, agissant sous le contrôle du juge, des faits et des circonstances concernant la prétendue orientation sexuelle d'un demandeur d'asile, dont la demande est fondée sur une crainte de persécution en raison de cette orientation, les déclarations de ce demandeur ainsi que les éléments de preuve documentaires ou autres présentés à l'appui de sa demande fassent l'objet d'une appréciation, par lesdites autorités, au moyen d'interrogatoires fondés sur la seule base de notions stéréotypées concernant les homosexuels.**

**L'article 4 de la directive 2004/83, lu à la lumière de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, dans le cadre de cet examen, les autorités nationales compétentes procèdent à des**



**interrogatoires détaillés sur les pratiques sexuelles d'un demandeur d'asile.**

**L'article 4 de la directive 2004/83, lu à la lumière de l'article 1<sup>er</sup> de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, dans le cadre dudit examen, lesdites autorités acceptent des éléments de preuve, tels que l'accomplissement par le demandeur d'asile concerné d'actes homosexuels, sa soumission à des «tests» en vue d'établir son homosexualité ou encore la production par celui-ci d'enregistrements vidéo de tels actes.**

**L'article 4, paragraphe 3, de la directive 2004/83 ainsi que l'article 13, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans le cadre de ce même examen, les autorités nationales compétentes concluent au défaut de crédibilité des déclarations du demandeur d'asile concerné au seul motif que sa prétendue orientation sexuelle n'a pas été invoquée par ce demandeur à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution.**



Cour de justice de l'Union européenne  
Geoffrey Léger contre Ministre des Affaires sociales, de la Santé  
et des Droits des femmes et Établissement français du sang  
Affaire C-528/13  
29 avril 2015



LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. L. Bay Larsen, président de chambre, M<sup>me</sup> K. Jürimäe, MM. J. Malenovský, M. Safjan (rapporteur) et M<sup>me</sup> A. Prechal, juges,

avocat général: M. P. Mengozzi,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

- pour le gouvernement français, par M. D. Colas et M<sup>me</sup> F. Gloaguen, en qualité d’agents,
- pour la Commission européenne, par M<sup>mes</sup> C. Gheorghiu et M. Owsiany-Hornung, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 17 juillet 2014,

rend le présent

## **Arrêt**

**1** La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation du point 2.1 de l’annexe III de la directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins (JO L 91, p. 25).

**2** Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant M. Léger au ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes ainsi qu’à l’Établissement français du sang au sujet du refus d’accepter le don de sang de M. Léger au motif que celui-ci avait eu une relation sexuelle avec un homme.

## **Le cadre juridique**

### *Le droit de l’Union*

La directive 2002/98/CE

**3** La directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 janvier 2003, établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive

2001/83/CE (JO L 33, p. 30), est fondée sur l'article 152, paragraphe 4, sous a), CE.

**4** Aux termes des considérants 1, 2, 24 et 29 de la directive 2002/98 :

« (1) L'ampleur de l'utilisation thérapeutique du sang humain impose d'assurer la qualité et la sécurité du sang total et des composants sanguins afin de prévenir notamment la transmission des maladies.

(2) La disponibilité du sang et des composants sanguins utilisés à des fins thérapeutiques dépend largement des citoyens de la Communauté qui sont disposés à effectuer des dons. Afin de préserver la santé publique et de prévenir la transmission de maladies infectieuses, toutes les mesures de précaution doivent être prises lors de leur collecte, de leur transformation, de leur distribution et de leur utilisation en exploitant comme il se doit les progrès scientifiques en matière de détection, d'inactivation et d'élimination des agents pathogènes transmissibles par transfusion.

[...]

(24) Le sang et les composants sanguins utilisés à des fins thérapeutiques ou dans des dispositifs médicaux devraient provenir de personnes dont l'état de santé est tel qu'aucun effet néfaste ne résultera du don et que tout risque de transmission d'une maladie infectieuse est réduit au minimum. Chaque don de sang devrait être contrôlé conformément à des règles assurant que toutes les mesures nécessaires ont été prises pour préserver la santé des personnes qui reçoivent du sang ou des composants sanguins.

[...]

(29) Les tests devraient être pratiqués selon les procédures scientifiques et techniques les plus récentes qui reflètent les meilleures pratiques actuelles telles que définies, régulièrement revues et mises à jour dans le cadre d'une procédure adéquate de consultations d'experts. Cette procédure de réexamen devrait, en outre, tenir dûment compte des progrès scientifiques réalisés en matière de détection, d'inactivation et d'élimination des agents pathogènes transmissibles par transfusion. »

**5** L'article 1<sup>er</sup> de ladite directive énonce :

« La présente directive établit des normes de qualité et de sécurité pour le sang humain et les composants sanguins afin d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine. »

**6** L'article 2, paragraphe 1, de la même directive prévoit :

« La présente directive s'applique à la collecte et au contrôle du sang humain et des composants sanguins, quelle que soit leur destination, et à leur transformation, à leur stockage et à leur distribution, lorsqu'ils sont destinés à la transfusion. »

**7** L'article 18 de la directive 2002/98, intitulé «Admissibilité des donneurs», est libellé comme suit :

« 1. Les établissements de transfusion sanguine veillent à ce que des procédures d'évaluation soient applicables à tous les donneurs de sang et de composants sanguins et que les critères en matière de don visés à l'article 29, point d), soient remplis.

2. Les résultats des procédures d'évaluation et d'examen des donneurs sont enregistrés et toute anomalie importante est signalée au donneur. »

**8** L'article 19 de ladite directive, intitulé « Examen des donneurs », énonce :

« Un examen du donneur, comprenant un interrogatoire, est pratiqué avant chaque don de sang ou de composé sanguin. Un professionnel de la santé qualifié est en particulier chargé de fournir aux donneurs et de recueillir auprès d'eux les informations nécessaires pour établir leur admissibilité à donner et juge en conséquence de leur admissibilité. »

**9** L'article 20 de la même directive, intitulé « Don de sang volontaire et non rémunéré », prévoit à son paragraphe 1 :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour encourager les dons volontaires et non rémunérés en vue de garantir que, dans toute la mesure du possible, le sang et les composants sanguins proviennent de ces dons. »

**10** L'article 21 de la directive 2002/98, intitulé « Contrôle des dons », dispose :

« Les établissements de transfusion sanguine veillent à ce que chaque don de sang ou de composants sanguins soit contrôlé conformément aux exigences énoncées à l'annexe IV.

Les États membres veillent à ce que le sang ou les composants sanguins importés dans la Communauté soient contrôlés conformément aux exigences énoncées à l'annexe IV. »

**11** L'article 29, second alinéa, sous d), de ladite directive est libellé comme suit :

« Les exigences techniques et leur adaptation au progrès scientifique et technique sont arrêtées selon la procédure visée à l'article 28, paragraphe 2, en ce qui concerne les points suivants :

[...]

d) les exigences concernant l'admissibilité des donneurs de sang et de plasma et le dépistage pratiqué sur les dons de sang, y compris:

- les critères d'exclusion permanente et la dérogation éventuelle,
- les critères d'exclusion temporaire ».

**12** Aux termes de l'annexe IV de la même directive, intitulée « Exigences de base relatives aux tests pratiqués sur les dons de sang total et de plasma » :

« Les tests suivants doivent être pratiqués sur les dons de sang total ou les dons par aphérèse, y compris les dons de sang autologues par prélèvement préalable :

[...]

- tests de dépistage des infections suivantes chez les donneurs :
- hépatite B (Ag HBs),
- hépatite C (Anti-VHC),
- VIH I/II (Anti-VIH I/II).

Des tests supplémentaires peuvent être requis pour des composants, des donneurs ou des situations épidémiologiques particuliers. »

### La directive 2004/33

**13** L'article 3 de la directive 2004/33, intitulé « Informations à fournir par les donneurs », énonce :

« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il a été convenu de procéder au don de sang ou de composants sanguins, les donneurs fournissent à l'établissement de transfusion sanguine les informations figurant à l'annexe II, partie B. »

**14** L'article 4 de cette directive, intitulé « Admissibilité des donneurs », prévoit :

« Les établissements de transfusion sanguine s'assurent que les donneurs de sang total et de composants sanguins satisfont aux critères d'admissibilité définis à l'annexe III. »

**15** L'annexe I, points 2 et 4, de ladite directive contient les définitions suivantes :

« 2. 'Don homologué': sang et composants sanguins prélevés chez un individu et destinés à une transfusion au profit d'un autre individu, ou dont les applications humaines sont destinées à un autre individu.

[...]

4. 'Sang total': don simple de sang. »

**16** Sous l'intitulé « Informations que les établissements de transfusion sanguine doivent obtenir des donneurs à chaque don », la partie B de l'annexe II de la même directive, dispose, à son point 2, que les donneurs doivent fournir les informations suivantes :

« État de santé et antécédents médicaux, obtenus au moyen d'un questionnaire et d'un entretien individuel avec un professionnel du secteur médical formé à cet effet, qui comprennent tous les facteurs utiles susceptibles de contribuer à identifier et à exclure les personnes dont les dons pourraient présenter un risque pour leur propre santé ou pour celle d'autres personnes, par exemple le risque de transmission de maladies. »

**17** L'annexe III de la directive 2004/33, intitulée « Critères d'admissibilité pour les donneurs de sang total ou de composants sanguins », indique, à son point 2, les critères d'exclusion des donneurs de sang total et de composants sanguins.

**18** Le point 2.1 de cette annexe est intitulé « Critères d'exclusion permanente pour les candidats à des dons homologues ». Ces critères concernent, en substance, les quatre catégories de personnes suivantes: les personnes porteuses de certaines maladies, parmi lesquelles le « VIH 1/2 », ou présentant certains symptômes pathologiques; celles ayant consommé de la drogue par voie intraveineuse ou intramusculaire; les



receveurs d'une xénogreffe ainsi que les « sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang ».

**19** Le point 2.2 de ladite annexe, intitulé « Critères d'exclusion temporaire pour les candidats à des dons homologues », comprend un point 2.2.2, relatif à l'exposition au risque d'infection transmissible par transfusion.

**20** Dans ce point 2.2.2, à l'entrée du tableau consacrée aux « [i]ndividus dont le comportement sexuel ou l'activité professionnelle les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang » correspond la mention suivante: « [e]xclusion après la fin du comportement à risque pendant une période dont la durée dépend de la maladie en question et de la disponibilité de tests adéquats ».

### *Le droit français*

**21** La ministre de la Santé et des Sports a adopté, le 12 janvier 2009, l'arrêté fixant les critères de sélection des donneurs de sang (JORF du 18 janvier 2009, p. 1067, ci-après l'« arrêté du 12 janvier 2009 »), lequel mentionne la directive 2004/33 dans ses visas.

**22** L'article 1<sup>er</sup>, V, de cet arrêté prévoit à son paragraphe 1, relatif aux caractéristiques cliniques du donneur :

« Lors de l'entretien préalable au don, il appartient à la personne habilitée à procéder à la sélection des donneurs d'apprécier la possibilité d'un don au regard des contre-indications et de leur durée, de leur antériorité et de leur évolution, grâce à des questions complémentaires au questionnaire préalable au don.

[...]

Le candidat est ajourné du don s'il présente une contre-indication mentionnée dans l'un des tableaux figurant en annexe II du présent arrêté. [...]

[...] »

**23** L'annexe II dudit arrêté contient les tableaux relatifs aux contre-indications, dont le tableau B qui est consacré aux risques pour le receveur. La partie de ce tableau relative au risque lié à la transmission d'une infection virale prévoit que, en ce qui concerne le risque d'exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle, il existe une contre-indication permanente au don de sang dans la situation d'un « homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme ».

## **Le litige au principal et la question préjudicielle**

**24** M. Léger s'est présenté auprès du site de prélèvement de l'Établissement français du sang situé à Metz (France) afin d'effectuer un don de sang.

**25** Par décision du 29 avril 2009, le médecin responsable de la collecte a refusé ce don de sang au motif que M. Léger avait eu une relation sexuelle avec un homme.

**26** Ce médecin s'est fondé sur l'arrêté du 12 janvier 2009, dont le tableau B de l'annexe II prévoit, s'agissant du risque d'exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle, une contre-indication permanente au don de sang pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme.

**27** M. Léger a introduit un recours contre cette décision devant le tribunal administratif de Strasbourg, en soutenant notamment que l'annexe II de l'arrêté du 12 janvier 2009 méconnaissait les dispositions de la directive 2004/33.

**28** La juridiction de renvoi expose que la question de savoir si l'existence d'une contre-indication permanente au don de sang pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme est conforme à l'annexe III de ladite directive présente une difficulté sérieuse et qu'elle est déterminante pour la solution du litige au principal.

**29** Dans ces conditions, le tribunal administratif de Strasbourg a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Au regard de l'annexe III de la directive 2004/33, la circonstance pour un homme d'avoir des rapports sexuels avec un autre homme constitue-t-elle, en soi, un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion permanente du don de sang pour les sujets ayant eu ce comportement sexuel, ou est-elle simplement susceptible de constituer, en fonction des circonstances propres de l'espèce, un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion temporaire du don de sang pendant une durée déterminée après la fin du comportement à risque ? »

## **Sur la question préjudicielle**

**30** Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 doit être interprété en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang visé à cette disposition et relatif au comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang s'oppose à ce qu'un État membre prévoit une contre-indication

permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes.

**31** À titre liminaire, il y a lieu de relever que, ainsi que l'ont fait valoir le gouvernement français et la Commission européenne, il existe des divergences entre les différentes versions linguistiques des points 2.1 et 2.2.2 de l'annexe III de ladite directive en ce qui concerne le niveau de risque visé par ces dispositions.

**32** En effet, dans la version en langue française de ces dispositions, l'exclusion permanente du don de sang prévue audit point 2.1 et l'exclusion temporaire prévue audit point 2.2.2 s'appliquent toutes deux aux individus dont le comportement sexuel les expose au «risque» de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang. Dans cette version linguistique, le niveau de risque justifiant l'exclusion permanente du don de sang est donc exactement le même que celui applicable à l'exclusion temporaire.

**33** En revanche, dans certaines versions linguistiques de ces dispositions, si l'exclusion temporaire suppose la présence d'un « risque », l'exclusion permanente, quant à elle, exige un « risque élevé ». Tel est le cas notamment dans les versions du point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 en langues danoise (« stor risiko »), estonienne (« kõrgendatud ohtu »), anglaise (« high risk »), italienne (« alto rischio »), néerlandaise (« groot risico »), polonaise (« wysokie ryzyko ») ou portugaise (« grande risco »).

**34** Dans d'autres versions linguistiques encore, les points 2.1 et 2.2.2 de ladite annexe visent tous deux un « risque élevé », comme dans les versions en langues espagnole (« alto riesgo ») et allemande (« hohes Risiko »).

**35** Selon une jurisprudence constante de la Cour, la formulation utilisée dans l'une des versions linguistiques d'une disposition du droit de l'Union ne saurait servir de base unique à l'interprétation de cette disposition ou se voir attribuer un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques. Les dispositions du droit de l'Union doivent, en effet, être interprétées et appliquées de manière uniforme, à la lumière des versions établies dans toutes les langues de l'Union européenne. En cas de disparité entre les diverses versions linguistiques d'un texte du droit de l'Union, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément (arrêts *Cricket St Thomas*, C-372/88, EU:C:1990:140, points 18 et 19; *Kurcums Metal*, C-558/11, EU:C:2012:721, point 48, ainsi que *Ivansson e.a.*, C-307/13, EU:C:2014:2058, point 40).

**36** En ce qui concerne l'économie générale des points 2.1 et 2.2.2 de l'annexe III de la directive 2004/33, il convient de relever que ladite annexe fait la distinction entre l'exclusion permanente et une exclusion temporaire du don de sang, pour lesquelles les critères applicables doivent être logiquement différents. Dès lors, l'exclusion permanente, plus stricte, suppose l'existence d'un risque plus élevé que celui relatif à l'interdiction temporaire.

**37** Par ailleurs, ainsi qu'il est énoncé au considérant 24 de la directive 2002/98, le sang et les composants sanguins utilisés à des fins thérapeutiques ou dans des dispositifs médicaux devraient provenir de personnes dont l'état de santé est tel qu'aucun effet néfaste ne résultera du don et que tout risque de transmission de maladies infectieuses graves transmissibles par le sang est réduit au minimum. Il en résulte que, s'agissant de la finalité de la directive 2004/33, l'exclusion permanente doit s'appliquer lorsque le risque d'une telle transmission est plus élevé.

**38** Par conséquent, l'économie générale et la finalité de cette dernière directive conduisent à retenir l'interprétation selon laquelle l'exclusion permanente du don de sang prévue au point 2.1 de l'annexe III de ladite directive concerne les individus dont le comportement sexuel les expose à un «risque élevé» de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, alors que l'exclusion temporaire du don de sang porte sur un risque moins élevé.

**39** S'agissant de cette exclusion permanente, il convient de relever que l'expression «sujets dont le comportement sexuel les expose à un risque» de contracter des maladies infectieuses figurant au point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 ne détermine pas de façon précise les personnes ou les catégories de personnes concernées par ladite exclusion, ce qui laisse une marge d'appréciation aux États membres dans l'application de cette disposition.

**40** Partant, il convient d'examiner dans quelle mesure la contre-indication permanente prévue par le droit français dans la situation d'un « homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme » répond à l'exigence de l'existence du « risque élevé » visé au point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 tout en respectant les droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union.

**41** En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour, les exigences découlant de la protection desdits droits fondamentaux lient les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la réglementation de l'Union, de sorte que ceux-ci sont tenus d'appliquer cette réglementation dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences (voir, en ce sens, arrêt Parlement/Conseil, C-540/03, EU:C:2006:429, point 105 et jurisprudence citée). Dans ce contexte, les États membres doivent notamment veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du

droit dérivé qui entrerait en conflit avec ces droits fondamentaux (voir arrêts *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, EU:C:2007:383, point 28, ainsi que *O e.a.*, C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776, point 78).

**42** En premier lieu, en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, il convient de prendre en compte la situation épidémiologique en France, qui présenterait un caractère spécifique selon le gouvernement français et la Commission, lesquels se réfèrent aux données fournies par l'Institut de veille sanitaire français. Il ressortirait de ces données que la quasi-totalité des contaminations par le VIH, pour la période allant de l'année 2003 à l'année 2008, est due à un rapport sexuel et que les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes représentent la population la plus touchée correspondant à 48 % des nouvelles contaminations. Sur la même période, si l'incidence globale de l'infection par le VIH a baissé, notamment en ce qui concerne les rapports hétérosexuels, elle n'aurait pas diminué pour les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes. En outre, ceux-ci représentaient, toujours sur la même période, la population la plus touchée par la contamination par le VIH, avec un taux d'incidence de 1 % par an, qui serait 200 fois supérieur à celui de la population hétérosexuelle française.

**43** La Commission se réfère également à un rapport établi par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, lequel a été institué par le règlement (CE) n° 851/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004 (JO L 142, p. 1). Selon ce rapport, intitulé «Men who have sex with men (MSM), Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress», publié au mois d'octobre 2013, c'est en France que la prévalence du VIH au sein du groupe des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes serait la plus élevée parmi tous les États étudiés.

**44** Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, à la lumière des connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, les données figurant au point 42 du présent arrêt sont fiables et, si tel est le cas, si elles sont toujours pertinentes.

**45** En second lieu, dans l'hypothèse où ladite juridiction viendrait à conclure, notamment en considération desdites données, que les autorités nationales ont raisonnablement pu considérer qu'il existe, en France, un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, au sens du point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33, dans la situation d'un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme, il y a lieu d'examiner si, et à quelles conditions, une contre-indication permanente au don de sang telle que celle en cause au principal

pourrait être conforme aux droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union.

**46** À cet égard, il convient de rappeler que le champ d'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), pour ce qui est de l'action des États membres, est défini à l'article 51, paragraphe 1, de celle-ci, aux termes duquel les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres «uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union».

**47** En l'occurrence, l'arrêté du 12 janvier 2009, qui se réfère expressément à la directive 2004/33 dans ses visas, met en œuvre le droit de l'Union.

**48** En conséquence, ledit arrêté doit, parmi les dispositions de la Charte, respecter notamment l'article 21, paragraphe 1, de celle-ci, aux termes duquel est interdite toute discrimination fondée notamment sur l'orientation sexuelle. Cet article 21, paragraphe 1, est une expression particulière du principe d'égalité de traitement, qui constitue un principe général du droit de l'Union, consacré à l'article 20 de la Charte (voir, en ce sens, arrêts Römer, C-147/08, EU:C:2011:286, point 59, et Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, point 43).

**49** Or, à cet égard, en prenant comme critère d'une contre-indication permanente au don de sang le fait d'être un «homme ayant eu une relation sexuelle avec un homme», le tableau B de l'annexe II de l'arrêté du 12 janvier 2009 détermine l'exclusion du don de sang en fonction de l'orientation homosexuelle des donneurs masculins qui, en raison du fait qu'ils ont entretenu une relation sexuelle correspondant à cette orientation, subissent un traitement moins favorable que les personnes hétérosexuelles masculines.

**50** Dans ces conditions, l'arrêté du 12 janvier 2009 est susceptible de comporter, à l'égard des personnes homosexuelles, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, au sens de l'article 21, paragraphe 1, de la Charte.

**51** Il convient dès lors d'examiner si la contre-indication permanente au don de sang prévue par l'arrêté du 12 janvier 2009 pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme remplit néanmoins les conditions posées par l'article 52, paragraphe 1, de la Charte pour être justifiée.

**52** Conformément à cette disposition, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel de ces droits et de ces libertés. En outre, selon cette même disposition, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles

sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

**53** En l'occurrence, il est constant que la contre-indication permanente du don du sang pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme, qui constitue une limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par la Charte, doit être considérée comme étant prévue par la loi, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, dès lors qu'elle résulte de l'arrêt du 12 janvier 2009.

**54** En outre, cette limitation respecte le contenu essentiel du principe de non-discrimination. En effet, ladite limitation ne remet pas en cause ce principe en tant que tel dans la mesure où elle ne porte que sur la question, de portée limitée, des exclusions du don de sang en vue de protéger la santé des receveurs.

**55** Cependant, il y a encore lieu de vérifier si la même limitation répond à un objectif d'intérêt général, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, et si, dans l'affirmative, elle respecte le principe de proportionnalité au sens de cette disposition.

**56** À cet égard, il importe de rappeler que la directive 2004/33 porte application de la directive 2002/98. Cette dernière directive, conformément à sa base juridique, à savoir l'article 152, paragraphe 4, sous a), CE, a pour objectif la protection de la santé publique.

**57** En l'occurrence, l'exclusion permanente du don de sang vise à réduire au minimum le risque de transmission d'une maladie infectieuse aux receveurs. Cette exclusion contribue par conséquent à l'objectif général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, qui constitue un objectif reconnu par l'Union à l'article 152 CE, et notamment aux paragraphes 4, sous a), et 5 de cet article, ainsi qu'à l'article 35, seconde phrase, de la Charte, qui exigent qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine soit assuré dans la définition et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques et des actions de l'Union.

**58** S'agissant du principe de proportionnalité, il résulte de la jurisprudence de la Cour que les mesures prévues par la législation nationale ne doivent pas excéder les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés (voir arrêts *ERG e.a.*, C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 86; *Urbán*, C-210/10, EU:C:2012:64, point 24, ainsi que *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, point 52).

**59** Dans une affaire telle que celle au principal, ce principe n'est respecté que si un niveau élevé de protection de la santé des receveurs ne peut pas être assuré par des techniques efficaces de détection du VIH et moins contraignantes que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes.

**60** En effet, d'une part, il ne peut pas être exclu que, même en présence d'un comportement sexuel exposant à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, au sens du point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33, lequel concerne le risque de transmission de telles maladies entre les partenaires à la suite d'un rapport sexuel, il existe des techniques efficaces pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs.

**61** À cet égard, ainsi qu'il ressort notamment de l'article 21 de la directive 2002/98, afin d'assurer la qualité et la sécurité du sang et des composants sanguins, chaque don de sang doit être contrôlé conformément aux exigences énoncées à l'annexe IV de cette directive, étant entendu que ces exigences sont appelées à évoluer au gré du progrès scientifique et technique (arrêt *Humanplasma*, C-421/09, EU:C:2010:760, point 42). Aux termes de cette annexe IV, des tests de dépistage du VIH I/II doivent notamment être effectués chez les donneurs.

**62** Le gouvernement français et la Commission relèvent néanmoins que, dans l'état actuel de la science, il existe une «fenêtre silencieuse», période qui suit une infection virale et pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés dans le cadre du dépistage du don de sang restent négatifs malgré l'infection du donneur. Ce seraient donc les infections récentes qui présentent un risque de non-détection lors des tests de dépistage et, par conséquent, de transmission du VIH au receveur.

**63** Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, dans une telle situation et dans le cadre du respect du principe de proportionnalité, il existe des techniques efficaces de détection du VIH pour éviter la transmission aux receveurs d'un tel virus, les tests devant être pratiqués selon les procédures scientifiques et techniques les plus récentes, conformément au considérant 29 de la directive 2002/98.

**64** En particulier, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les progrès de la science ou de la technique sanitaire, en prenant notamment en compte le coût d'une mise en quarantaine systématique des dons émanant des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes ou celui d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang, permettent d'assurer un niveau élevé de protection de la santé



des receveurs, sans que la charge qui en résulte soit démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés.

**65** D'autre part, à supposer que, dans l'état actuel de la science, il n'existe pas de technique répondant aux conditions posées aux points 63 et 64 du présent arrêt, une contre-indication permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes n'est proportionnée que s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs.

**66** À cet égard, il appartient notamment à la juridiction de renvoi d'examiner si le questionnaire et l'entretien individuel avec un professionnel du secteur médical prévus à l'annexe II, partie B, point 2, de la directive 2004/33 peuvent permettre d'identifier plus précisément les comportements présentant un risque pour la santé des receveurs, afin d'établir une contre-indication moins contraignante qu'une contre-indication permanente pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme.

**67** En ce sens, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 61 de ses conclusions, la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel par rapport à la durée de la «fenêtre silencieuse», le caractère stable de la relation de la personne concernée ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel.

**68** Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que, dans l'hypothèse où des techniques efficaces de détection des maladies graves susceptibles d'être transmises par le sang ou, à défaut de telles techniques, des méthodes moins contraignantes que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, une telle contre-indication permanente ne respecterait pas le principe de proportionnalité, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

**69** Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 doit être interprété en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang visé à cette disposition et relatif au comportement sexuel couvre l'hypothèse dans laquelle un État membre, eu égard à la situation prévalant dans celui-ci, prévoit une contre-indication permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes lorsqu'il est établi, sur la base des connaissances et des données médicales, scientifiques et

épidémiologiques actuelles, qu'un tel comportement sexuel expose ces personnes à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves susceptibles d'être transmises par le sang et que, dans le respect du principe de proportionnalité, il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou, à défaut de telles techniques, de méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'État membre concerné, ces conditions sont remplies.

### **Sur les dépens**

**70** La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

**Le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, doit être interprété en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang visé à cette disposition et relatif au comportement sexuel couvre l'hypothèse dans laquelle un État membre, eu égard à la situation prévalant dans celui-ci, prévoit une contre-indication permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes lorsqu'il est établi, sur la base des connaissances et des données médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, qu'un tel comportement sexuel expose ces personnes à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves susceptibles d'être transmises par le sang et que, dans le respect du principe de proportionnalité, il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou, à défaut de telles techniques, de méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'État membre concerné, ces conditions sont remplies.**

Conseil d'État français  
D.C.A. contre Assistance publique – Hôpitaux de Paris et  
Agende de la biomédecine  
Décision 396848  
31 mai 2016



Vu la procédure suivante :

Mme D...C...A...a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'enjoindre à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes mesures afin de permettre l'exportation des gamètes de son mari, décédé, vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées.

Par une ordonnance n° 1601133/9 du 25 janvier 2016, statuant sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté cette demande.

Par un pourvoi, enregistré le 8 février 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme C...A...demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant comme juge des référés, de faire droit à sa demande.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Vincent Villette, auditeur,
- les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Gadiou, Chevallier, avocat de Mme C...A..., à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'Agence de la biomédecine et à la SCP Didier, Pinet, avocat de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris ;

Considérant ce qui suit :

### **Sur l'office du juge des référés :**

**1.** L'article L. 521-2 du code de justice administrative prévoit que le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Selon l'article L. 522-3 du même code, le juge des référés peut, par une ordonnance motivée, rejeter sans instruction ni audience une demande qui lui apparaît dépourvue d'urgence ou manifestement mal fondée.

**2.** Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements.

**Sur les circonstances de l'affaire et sur l'ordonnance attaquée :**

**3.** Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que M. B... a procédé à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon, établissement qui relève de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris. M. B... est décédé le 9 juillet 2015. Sa veuve, Mme C...A..., a demandé que les gamètes de son époux, conservés dans cet hôpital, soient transférés en Espagne. Par une décision du 26 août 2015, le chef du service de biologie de la reproduction et centre d'études et de conservation des œufs et du sperme à l'hôpital Tenon l'a informée du refus opposé par l'Agence de la biomédecine à cette demande. Mme C...A...a saisi de ce refus le juge des référés du tribunal administratif de Paris. Ce juge, statuant sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, a rejeté comme manifestement mal fondée sa demande tendant à ce qu'il enjoigne à l'Agence de la biomédecine et à l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris de prendre toutes mesures permettant un tel transfert. Mme C...A...se pourvoit en cassation contre l'ordonnance de ce juge.

**4.** Il résulte de ce qui a été dit au point 2 que le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en rejetant, sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, la demande qui lui était présentée, au seul motif qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer, eu égard à son office, sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée de la requérante, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'une telle atteinte aurait été la conséquence nécessaire de la mise en oeuvre de dispositions législatives du code de la santé publique. Par conséquent, Mme C...A...est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

**5.** Il y a lieu, dans les circonstances de la présente affaire, de régler en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice

administrative le litige au titre de la procédure de référé engagée par Mme C...A....

**Sur la demande présentée au juge des référés :**

**6.** Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : *« L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation. »*. L'article L. 2141-11 de ce même code dispose : *« Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. »*. Il résulte de ces dispositions qu'en principe, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique.

**7.** En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 2141-11-1 de ce même code : *« L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. / Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par*

*l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine. ».*

**8.** Les dispositions mentionnées aux points 6 et 7 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8.

D'une part en effet, à la différence de la loi espagnole qui autorise l'utilisation des gamètes du mari, qui y a préalablement consenti, dans les douze mois suivant son décès pour réaliser une insémination au profit de sa veuve, l'article L. 24141-2 du code de la santé publique prohibe expressément une telle pratique. Cette interdiction relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention.

D'autre part, l'article L. 2141-11-1 de ce même code interdit également que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention.

**9.** Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

**10.** Dans la présente affaire, il y a lieu pour le Conseil d'Etat statuant comme juge des référés, d'apprécier si la mise en œuvre de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique n'a pas porté une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme C...A..., garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.



**11.** Il résulte de l’instruction que Mme C... A...et M. B...avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison de la grave maladie qui l’a touché, et dont le traitement risquait de le rendre stérile, M. B...a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d’étude et de conservation des œufs et du sperme de l’hôpital Tenon, afin que Mme C...A...et lui-même puissent, ultérieurement, bénéficier d’une assistance médicale à la procréation. Mais ce projet, tel qu’il avait été initialement conçu, n’a pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l’état de santé de M. B..., qui a entraîné son décès le 9 juillet 2015. Il est, par ailleurs, établi que M. B... avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d’une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d’origine de Mme C...A..., si les tentatives réalisées en France de son vivant s’avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n’était, toutefois, plus en mesure, en raison de l’évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne. Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d’étude et de conservation des œufs et du sperme de l’hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C...A..., qui réside désormais en Espagne, d’exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu’elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l’absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l’installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l’accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu’elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d’une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l’ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l’article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

**12.** La loi espagnole n’autorise le recours à une insémination en vue d’une conception posthume que dans les douze mois suivant la mort du mari. Dès lors, la condition d’urgence particulière prévue par les dispositions de l’article L. 521-2 du code de justice administrative est remplie.

**13.** Il résulte de ce qui précède qu’il y a lieu d’enjoindre à l’Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l’Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l’exportation des gamètes de M. B...vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision.

**Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :**

**14.** Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la requérante qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris du 25 janvier 2016 est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes mesures afin de permettre l'exportation des gamètes litigieux vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision.

Article 3 : Les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme D...C...A..., à l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine.

Copie en sera adressée à la ministre des affaires sociales et de la santé.

Cour de cassation française  
Marine Le Pen contre Rivarol  
Pourvoi 13-80826  
25 février 2014



REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

- Mme ... Y..., partie civile,

contre l'arrêt de la cour d'appel de PARIS, chambre 2-7, en date du 24 janvier 2013, qui, dans la procédure suivie contre M. Fabrice Z...et la société Editions Les Tuileries, des chefs de diffamation et injures publiques envers un particulier, a prononcé sur les intérêts civils ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 14 janvier 2014 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Louvel, président, M. Monfort, conseiller rapporteur, Mme Guirimand, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Randouin ;

Sur le rapport de M. le conseiller MONFORT, les observations de la société civile professionnelle LE GRIEL, avocat en la Cour, et les conclusions de M. le premier avocat général BOCCON-GIBOD ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 29, alinéa 1, 32, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

« en ce que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement en ce que, sur l'action civile, il a débouté Mme Y...de ses demandes ;

aux motifs qu'alléguer qu'une personne aime participer à des manifestations festives au cours desquelles la consommation d'alcool est élevée, ce que traduisent l'expression " adepte de la chouille " et le terme " fêtarde ", et qu'en une occasion particulière où elle aurait bu de l'alcool plus que de raison, elle a déblatéré auprès d'un journaliste, constitue certes un propos critique et peu valorisant à l'endroit de la partie civile ; que le fait d'apprécier ce type de manifestation et de s'y livrer à la consommation de boisson alcoolisée n'est pas en soi répréhensible ou contraire à la dignité, si, comme l'a justement relevé le tribunal, il n'implique pas un comportement accessoire contraire à l'honneur et à la considération, tel qu'une perte de contrôle de soi, en particulier en public ; qu'en l'espèce, la phrase, " Vous croyez qu'une fille qui danse le rock'n'roll sans chaussures peut devenir présidente du FN ? " que prête à Mme Y...le journaliste, qui en a rapporté la teneur à Mme A..., n'est nullement révélatrice d'un tel comportement ; qu'en effet, cette phrase, dont rien n'indique qu'elle a été proférée publiquement, s'analyse comme une simple boutade et non comme l'expression d'une perte de contrôle de soi sous l'effet de l'excès d'alcool ;

alors qu'écrire dans un article de presse, à propos d'une femme, qu'elle est une « fêtarde » et une « adepte de la " chouille " » et qu'un jour, « visiblement imbibée », elle a « déblaté » et « avou (é) dans un accès de sincérité alcoolique », après avoir chanté et dansé pieds nus, constitue une imputation de faits précis portant atteinte à son honneur et à sa considération et caractérisant le délit de diffamation publique envers un particulier » ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 29, alinéa 1, 33, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

« en ce que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement en ce que, sur l'action civile, il a débouté Mme Y...de ses demandes, aux motifs que « l'emploi du terme baiser, certes trivial, mais inséré dans le propos, " Mais paradoxalement, c'est une fille qui aime manger, boire et baiser comme son père, ce qui en atténue la crudité, propos destiné à évoquer certains goûts de la partie civile, décrite comme une femme politique qui aime les plaisirs de la vie, ne désigne pas un comportement illicite ou déshonorant et, dès lors, ne revêt pas le caractère outrageant qu'elle lui prête » ;

" alors qu'écrire dans un article de presse, à propos d'une femme qu'elle « est une fille qui aime manger, boire et baiser (sic) » constitue une injure faite à celle-ci, caractérisant le délit d'injure publique envers un particulier » ;

Les moyens étant réunis ;

Vu l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'à la suite de la publication, dans le numéro du 7 janvier 2011 de l'hebdomadaire Rivarol, d'un article intitulé " Les autres raisons du soutien marino-systémique ", Mme Y...a fait citer devant le tribunal correctionnel M. Z..., directeur de publication, et la société editrice du journal, pour y répondre des délits de diffamation et d'injure publiques envers particulier, en raison des passages suivants :

« ... A ce propos Madame A...retranscrit les confidences d'un journaliste à qui la politicienne adepte de la " chouille " aurait déblaté après avoir chanté le générique du dessin animé Albator en 2004 : " Vous croyez qu'une fille qui danse le rock'n'roll sans chaussures peut devenir présidente du FN ? (sic) ". Comment un nationaliste pourrait-il faire confiance à un tel individu ? Comment un militant honnête pourrait-il ignorer les conséquences d'une telle diabolisation ? Et comme la fêtarde ici visiblement imbibée l'avoue dans un accès de sincérité alcoolique, a-t-elle réellement l'envie de travailler en vue du redressement national ? », ce passage étant poursuivi pour diffamation publique ;

« ... où elle cite l'ancienne rédactrice du Monde, Christiane B..., qui aurait écrit que la candidate du système " est une fille qui aime manger, boire et baiser (sic) comme son père », cette phrase étant incriminée sous la prévention d'injure publique ;

Que les juges du premier degré ont renvoyé le prévenu des fins de la poursuite, et débouté la partie civile de ses demandes ; que celle-ci a relevé appel de cette décision ;

Attendu que, pour confirmer le jugement, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que les propos litigieux imputaient précisément à la partie civile des moeurs dissolues, un goût immodéré pour l'alcool, et un penchant pour la débauche, que ces allégations portaient nécessairement atteinte à son honneur et à sa considération, et que les expressions outrageantes et injurieuses étaient, en l'espèce, indivisibles des imputations diffamatoires, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris, en date du 24 janvier 2013, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de Versailles, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appel de Paris et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt annulé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-cinq février deux mille quatorze ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre ;





Cour de cassation française  
Patrick Devedjian contre Alix Bouilhaguet et Christophe  
Jakubyszyn  
Pourvoi 14-29549  
17 décembre 2015



REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 24 septembre 2014), qu'à l'occasion de la parution, en octobre 2012, de l'ouvrage intitulé « La Frondeuse » consacré à Mme X..., le magazine Point de Vue a publié un entretien accordé par les auteurs de cet ouvrage, Mme Y...et M. Z...; qu'à la question : « On connaît la rivalité entre Ségolène A...et Valérie X..., mais vous révélez une autre rivalité plus ancienne et plus amicale... », ce dernier a répondu : « Il y aurait eu effectivement une relation intime entre Patrick B...et Valérie X...qui aurait duré plusieurs années. A l'époque, ils sont tous les deux engagés. Ils ont hésité à faire le grand saut, à changer de vie. Patrick B...a tergiversé si bien que Valérie X...s'est laissée courtiser par un deuxième homme d'un autre bord politique : François D.... Peu à peu la relation avec D... a pris le pas sur l'autre. Notamment après un ultimatum en 2003 auquel B...n'a pas cédé. Mais il a beaucoup souffert de cette rupture. C'était un peu une histoire à la Jules et Jim. Les deux hommes en ont gardé un grand respect l'un pour l'autre. » ; que M. B..., estimant que de tels propos étaient diffamatoires à son égard, a assigné M. Z..., M. de C..., directeur de la publication du magazine Point de Vue, et la société Groupe Express-Roularta, éditeur dudit magazine, aux fins d'obtenir la réparation de son préjudice et la publication d'un communiqué judiciaire ;

Attendu que M. B...fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que l'allégation publique d'une liaison prêtée à un homme marié peut porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui-ci ; qu'il importe peu à cet égard que l'adultère ne soit plus une infraction pénale ; qu'en restreignant, par cette considération générale et inappropriée, les diffamations reprochables aux seules allégations prêtant à la personne diffamée un comportement pénalement répréhensible, la cour d'appel a violé l'article 29 la loi du 29 juillet 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ qu'en subordonnant l'atteinte à l'honneur et à la considération à l'allégation publique d'un fait unanimement réprouvé par une morale objective ayant le même champ d'application que la réprobation pénale, sans autrement rechercher si l'allégation litigieuse ne portait pas sur des manquements contraires à l'honneur et à la considération au regard d'obligations morales d'ordre strictement civil, la cour d'appel a derechef

privé son arrêt de toute base légale au regard de l'article 29 de la loi de 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ que l'allégation diffamatoire peut être réalisée par voie d'insinuation ; qu'en se bornant à énoncer que « la relation intime imputée au requérant était sobrement présentée sans évoquer expressément le mensonge ni la double vie et sans que soit suggéré un jugement de valeur », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations établissant une diffamation par insinuation, violant ainsi de plus fort l'article 29 de la loi de 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant exactement énoncé, d'une part, que l'atteinte à l'honneur ou à la considération ne pouvait résulter que de la réprobation unanime qui s'attache, soit aux agissements constitutifs d'infractions pénales, soit aux comportements considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue, d'autre part, que ces notions devaient s'apprécier au regard de considérations objectives et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de la personne visée, la cour d'appel, loin de se borner à relever que l'adultère était dépénalisé depuis quarante ans, a retenu à bon droit que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ; que, par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. B...aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept décembre deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par Me Bouthors, avocat aux Conseils, pour M. B....

Le moyen reproche à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir rejeté les demandes du requérant tendant à voir constater l'existence d'un délit de diffamation publique à raison de la parution dans le magazine « Point de vue » daté du 10 au 16 octobre 2012, un entretien accordé par les

auteurs du livre « La frondeuse », une relation adultère avec Mme Valérie X...;

aux motifs que l'article 29 alinéa 1er de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé », ledit fait devant être suffisamment précis pour pouvoir faire l'objet du débat sur la preuve de sa vérité organisé par les articles 35, 55 et 56 de cette loi ; que ce délit, qui est caractérisé même si l'imputation est formulée sous forme déguisée, dubitative ou par voie d'insinuation, se distingue ainsi d'appréciations purement subjectives ainsi que de l'injure que l'alinéa 2 du même article 29 définit comme « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait » et doit être appréciée en tenant compte des éléments intrinsèques et extrinsèques au support en cause, à savoir tant du contenu même des propos que du contexte dans lequel ils s'inscrivent ;

que pour déterminer si l'allégation ou l'imputation d'un fait porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle le fait est imputé, les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion d'honneur et celle de la considération ; qu'ils n'ont pas non plus à tenir compte, à cet égard, de l'opinion que le public a de cette personne ; que les lois qui prohibent et punissent la diffamation protègent tous les individus, sans prévoir aucun cas d'exclusion fondé sur de tels éléments ; que l'atteinte à l'honneur ou à la considération ne pouvant résulter que de la réprobation unanime qui s'attache soit aux agissements constitutifs d'infractions pénales, soit aux comportements communément considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales admises par la communauté nationale au jour où le juge statue, ces notions doivent s'apprécier, non pas en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de la personne visée, mais selon un critère objectif ;

que M. B...fait valoir que le fait de lui prêter une relation intime de plusieurs années tout en précisant qu'il était à cette époque « engagé » et qu'il a donc mené « une double vie » implique une accusation de dissimulation et de mensonges vis-à-vis de sa femme et de ses enfants ; que le passage incriminé constitue donc bien une atteinte grave à son honneur et à sa considération quand bien même ces faits ne seraient pas légalement sanctionnés ;

que toutefois la « relation intime » qui est imputée à M. B...est présentée sobrement sans évoquer expressément le mensonge ni la « double vie » et sans que soit suggéré un jugement de valeur ; qu'en tout état de cause, c'est par des motifs pertinents que les premiers juges ont retenu que l'adultère a été dépénalisé depuis près de 40 ans, que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permet plus de considérer que l'infidélité conjugale serait contraire à la représentation

commune de la morale, dans la société contemporaine, et que l'imputation litigieuse ne saurait donc porter atteinte à son honneur et à sa considération ; que le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a débouté l'appelant de ses demandes ; que l'équité commande de condamner l'appelant à verser 1. 000 € à chaque intimé sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de le condamner aux entiers dépens » (arrêt p 5 et 6) ;

1°) alors que, d'une part, l'allégation publique d'une liaison prêtée à un homme marié peut porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui-ci ; qu'il importe peu à cet égard que l'adultère ne soit plus une infraction pénale ; qu'en restreignant, par cette considération générale et inappropriée, les diffamations reprochables aux seules allégations prêtant à la personne diffamée un comportement pénalement répréhensible, la cour d'appel a violé l'article 29 la loi de 29 juillet 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°) alors que, d'autre part, en subordonnant l'atteinte à l'honneur et à la considération à l'allégation publique d'un fait unanimement réprouvé par une morale objective ayant le même champ d'application que la réprobation pénale, sans autrement rechercher si l'allégation litigieuse ne portait pas sur des manquements contraires à l'honneur et à la considération au regard d'obligations morales d'ordre strictement civil, la cour a derechef privé son arrêt de toute base légale au regard de l'article 29 de la loi de 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

3°) alors en tout état de cause que l'allégation diffamatoire peut être réalisée par voie d'insinuation ; qu'en en se bornant à énoncer que « la relation intime imputée au requérant était sobrement présentée sans évoquer expressément le mensonge ni la double vie et sans que soit suggéré un jugement de valeur », la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations établissant une diffamation par insinuation, violant ainsi de plus fort l'article 29 de la loi de 1881, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les juges et l'arbitrage de valeurs morales





Cour européenne des droits de l'homme  
Otto-Preminger-Institut contre Autriche  
Requête 13470/87  
20 septembre 1994



## **En l'affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche\*,**

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 (art. 43) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention") et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, président,  
F. Gölcüklü,  
F. Matscher,  
B. Walsh,  
R. Macdonald,  
Mme E. Palm,  
MM. R. Pekkanen,  
J. Makarczyk,  
D. Gotchev,

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, greffier, et H. Petzold, greffier adjoint,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 25 novembre 1993 et les 20 avril et 23 août 1994,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

### **PROCEDURE**

**1.** L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 7 avril 1993, puis par le gouvernement de la République d'Autriche ("le Gouvernement") le 14 mai 1993, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 (art. 32-1, art. 47) de la Convention. A son origine se trouve une requête (no 13470/87) dirigée contre l'Autriche et dont une association privée de droit autrichien, Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung (OPI), avait saisi la Commission le 6 octobre 1987 en vertu de l'article 25 (art. 25).

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) ainsi qu'à la déclaration autrichienne reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46); la requête du Gouvernement se réfère aux seuls articles 44 et 48 (art. 44, art. 48). Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences de l'article 10 (art. 10).

---

\* Note du greffier: l'affaire porte le n° 11/1993/406/485. Les deux premiers chiffres en indiquent le rang dans l'année d'introduction, les deux derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

**2.** En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 par. 3 d) du règlement, l'association requérante a manifesté le désir de participer à l'instance et a désigné son conseil (article 30).

**3.** La chambre à constituer comprenait de plein droit M. F. Matscher, juge élu de nationalité autrichienne (article 43 de la Convention) (art. 43), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 23 avril 1993, celui-ci a tiré au sort, en présence du greffier, le nom des sept autres membres, à savoir M. F. Gölcüklü, M. B. Walsh, M. R. Macdonald, Mme E. Palm, M. R. Pekkanen, M. J. Makarczyk et M. D. Gotchev (articles 43 in fine de la Convention et 21 par. 4 du règlement) (art. 43).

**4.** En sa qualité de président de la chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du Gouvernement, le représentant de la requérante et le délégué de la Commission au sujet de l'organisation de la procédure (articles 37 par. 1 et 38). Conformément aux ordonnances rendues en conséquence, le greffier a reçu le mémoire du Gouvernement le 24 septembre 1993 et celui de la requérante le 1er octobre. Le secrétaire de la Commission l'a informé que le délégué s'exprimerait à l'audience.

**5.** Le 2 septembre 1993, le président a autorisé deux organisations non gouvernementales, "Article 19" et Interights, à soumettre des observations écrites sur divers aspects de la cause (article 37 par. 1). Celles-ci sont parvenues au greffe le 15 octobre.

**6.** Le 14 octobre 1993, la Commission avait produit certains documents, demandés par le greffier sur les instructions du président.

**7.** Le 27 octobre 1993, la chambre a décidé, en vertu de l'article 41 par. 1, de visionner le film Das Liebeskonzil, ainsi que l'y avait invitée la requérante. Une projection a eu lieu à huis clos le 23 novembre.

**8.** Ainsi qu'en avait décidé le président, les débats ont eu lieu en public le 24 novembre 1993, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu:

- pour le Gouvernement

MM. W. Okressek, chef de la division des affaires internationales, service constitutionnel, chancellerie fédérale, agent,  
C. Mayerhofer, ministère fédéral de la Justice,  
M. Schmidt, ministère fédéral des Affaires étrangères, conseillers;

- pour la Commission  
M. M.P. Pellonpää, délégué;
- pour l'association requérante  
M. F. Höpfel, professeur de droit à l'université d'Innsbruck,  
Verteidiger in Strafsachen, conseil.

La Cour les a entendus en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à ses questions.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

**9.** La requérante, Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung (OPI), est une association de droit privé autrichien établie à Innsbruck. Ses statuts la désignent comme un organisme à but non lucratif dont l'objectif général est de promouvoir la créativité, la communication et le divertissement par les médias audiovisuels. Elle gère notamment un cinéma appelé "Cinematograph" à Innsbruck.

**10.** Elle annonça une série de six projections, accessibles au grand public, du film Das Liebeskonzil ("Le Concile d'amour"), de Werner Schroeter (paragraphe 22 ci-dessous). La première était programmée pour le 13 mai 1985. Toutes devaient avoir lieu à 22 heures, sauf une fixée au 19 mai à 16 heures.

Cet avis parut dans un périodique distribué par OPI à ses 2 700 membres et fut affiché dans diverses vitrines à Innsbruck, dont celle du Cinematograph lui-même. Il était ainsi libellé:

"La tragédie satirique d'Oskar Panizza, qui se déroule au paradis, a été filmée par Werner Schroeter dans la représentation qu'en a donnée le Teatro Belli de Rome et replacée dans le cadre d'un récit retraçant le procès intenté pour blasphème contre l'écrivain, en 1895, et sa condamnation. Panizza part de l'idée que la syphilis est le châtiment de Dieu pour la fornication et le péché auxquels se laissait aller l'humanité sous la Renaissance, surtout à la cour du pape Borgia Alexandre VI. Dans le film de Schroeter, les représentants de Dieu sur terre, parés des insignes du pouvoir temporel, ressemblent à s'y méprendre aux protagonistes du paradis. Sur le mode de la caricature, l'auteur prend pour cibles les représentations figuratives simplistes et les excès de la foi chrétienne, et il analyse la relation entre les croyances religieuses et les mécanismes d'oppression temporels."

En outre, le bulletin d'information indiquait qu'en vertu de la loi tyrolienne sur le cinéma (Tiroler Lichtspielgesetz), le film était interdit aux mineurs de dix-sept ans.

Un journal régional publia également le titre du film ainsi que les lieu et date de sa projection, sans en préciser le contenu.

**11.** Le 10 mai 1985, à la requête du diocèse d'Innsbruck de l'Eglise catholique romaine, le procureur intenta contre le gérant d'OPI, M. Dietmar Zingl, des poursuites du chef de "dénigrement de doctrines religieuses" (Herabwürdigung religiöser Lehren), infraction réprimée par l'article 188 du code pénal (Strafgesetzbuch; paragraphe 25 ci-dessous).

**12.** Le 12 mai 1985, après que le film eut fait l'objet d'une projection à huis clos en présence d'un juge de garde (Journalrichter), le procureur en requit la saisie en vertu de l'article 36 de la loi sur les médias (Mediengesetz; paragraphe 29 ci-dessous). Le tribunal régional (Landesgericht) d'Innsbruck fit droit à la requête le même jour. En conséquence, les projections publiques annoncées par OPI, dont la première avait été programmée pour le lendemain, ne purent avoir lieu.

En guise de remplacement, les gens qui se présentèrent à la séance prévue furent invités à entendre une lecture du scénario et à participer à une discussion.

Comme M. Zingl avait renvoyé le film au distributeur, la société "Czerny" de Vienne, la saisie s'effectua en réalité dans les locaux de cette dernière, le 11 juin 1985.

**13.** La cour d'appel (Oberlandesgericht) d'Innsbruck rejeta le 30 juillet 1985 un appel formé par M. Zingl contre l'ordonnance de saisie. Elle considéra que la liberté artistique était nécessairement limitée par les droits d'autrui à la liberté de religion et par le devoir de l'Etat de garantir une société fondée sur l'ordre et la tolérance. Elle précisa en outre qu'une indignation n'était "légitime", au sens de l'article 188 du code pénal, que si elle était de nature à blesser les sentiments religieux d'une personne moyenne dotée d'une sensibilité religieuse normale. Cette condition se trouvant remplie en l'espèce, la confiscation du film pouvait être ordonnée en principe, du moins dans le cadre d'une "procédure objective" (paragraphe 28 ci-dessous). Le persiflage massif de sentiments religieux pesait plus lourd que tout intérêt que le grand public pouvait avoir à être informé, ou que les intérêts financiers des personnes désireuses de projeter le film.

**14.** Le 24 octobre 1985, le parquet abandonna les poursuites pénales contre M. Zingl et l'affaire continua sous la forme d'une "procédure objective", au sens de l'article 33 par. 2 de la loi sur les médias, visant à la suppression du film.

**15.** Le 10 octobre 1986, un procès se déroula devant le tribunal régional d'Innsbruck. Le film fut derechef projeté à huis clos; son contenu fut décrit en détail dans le compte rendu officiel de l'audience.

M. Zingl apparaît dans le compte rendu officiel de l'audience en qualité de témoin. Il déclara avoir renvoyé le film au distributeur à la suite de l'ordonnance de saisie, au motif qu'il ne voulait plus rien avoir à faire avec cette histoire.

Du jugement rendu le même jour il ressort qu'il fut considéré comme "une partie dont la responsabilité pourrait être engagée" (Haftungsbeteiligter). Le tribunal régional tint pour établi que le distributeur du film avait renoncé à son droit d'être entendu et avait consenti à la destruction de sa copie du film.

**16.** Dans son jugement, le tribunal régional ordonna la confiscation de celui-ci. Il déclara :

"La projection publique, prévue pour le 13 mai 1985, du film Das Liebeskonzil, où texte et images présentent Dieu le Père comme un idiot sénile et impotent, le Christ comme un crétin et Marie Mère de Dieu comme une dévergondée au langage correspondant, et où l'Eucharistie est tournée en ridicule, répond à la définition du délit de dénigrement de doctrines religieuses au sens de l'article 188 du code pénal."

Les motifs du jugement comportaient le passage suivant :

"Les conditions de l'article 188 du code pénal sont objectivement remplies par le portrait ci-dessus établi des personnes divines - Dieu le Père, Marie Mère de Dieu et Jésus-Christ sont les personnages centraux de la doctrine et de la pratique catholiques et ils revêtent une importance essentielle, y compris pour la compréhension religieuse des croyants - ainsi que par les propos précités sur l'Eucharistie, qui est un des mystères les plus importants de la religion catholique, surtout si l'on tient compte du caractère général du film, qui est celui d'une attaque contre les religions chrétiennes (...)

(...) D'après l'article 17a de la Loi fondamentale (Staatgrundgesetz), la création artistique, la diffusion de l'art et son enseignement sont libres. L'insertion de cette disposition a ainsi élargi la liberté artistique: toute forme de création artistique se trouve protégée, et la restriction de la liberté artistique ne peut plus découler d'une disposition légale expresse, mais seulement des limites inhérentes à cette liberté (...). La liberté artistique ne saurait se comprendre sans ces limites. On les trouve d'abord dans d'autres droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution (par exemple la liberté de croyance et de conscience), ensuite dans la nécessité d'une vie en société fondée sur l'ordre et la tolérance, et enfin dans les violations flagrantes et massives d'autres biens protégés par la loi (Verletzung anderer rechtlich geschützter Güter), étant entendu qu'il y a toujours lieu, lorsqu'il s'agit de mettre en balance toutes les considérations pertinentes, de tenir compte des circonstances concrètes de l'espèce (...)

Le seul fait que l'infraction réprimée par l'article 188 du code pénal se trouve constituée ne signifie pas automatiquement que la limite de la liberté artistique garantie par l'article 17a de la Loi fondamentale soit atteinte. Toutefois, eu égard aux considérations ci-dessus et à l'intensité particulière en l'espèce - il s'agit d'un film essentiellement provocateur et anticlérical - des violations répétées et opiniâtres de biens légalement protégés, le droit fondamental à la liberté artistique doit ici céder le pas.

(...)"

**17.** M. Zingl interjeta appel du jugement du tribunal régional. Il produisit une déclaration signée par 350 personnes se plaignant de s'être vu refuser le libre accès à une oeuvre d'art et soutenant que l'interprétation qui avait été donnée de l'article 188 du code pénal ne cadrerait pas avec la liberté artistique garantie par l'article 17a de la Loi fondamentale.

La cour d'appel d'Innsbruck jugea le recours irrecevable le 25 mars 1987. Elle estima que, non propriétaire du copyright du film, M. Zingl n'avait pas de locus standi. L'arrêt fut notifié à OPI le 7 avril 1987.

**18.** A l'instigation de l'avocat de l'association requérante, le ministre de l'Education, des Arts et des Sports de l'époque, Mme Hilde Hawlicek, adressa au procureur général (Generalprokurator) une lettre privée suggérant l'introduction d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi (Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes) auprès de la Cour suprême (Oberster Gerichtshof). Datée du 18 mai 1987, la lettre mentionnait notamment l'article 10 (art. 10) de la Convention.

Le 26 juillet 1988, le procureur général estima qu'il n'y avait pas matière à former semblable recours. Il précisa notamment que le parquet général (Generalprokuratur) considérait depuis longtemps que la liberté artistique était limitée par d'autres droits fondamentaux, et se référa à la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire concernant le film *Das Gespenst* ("Le Fantôme" - paragraphe 26 ci-dessous); dans cette espèce, d'après lui, la Cour suprême "n'avait, à tout le moins, pas désapprouvé" cette façon de voir ("Diese Auffassung ... wurde vom Obersten Gerichtshof ... zumindest nicht mißbilligt").

**19.** Depuis lors, des représentations de la pièce originale ont eu lieu en Autriche: à Vienne en novembre 1991 et à Innsbruck en octobre 1992. A Vienne, les autorités judiciaires s'abstinrent de toute intervention. A Innsbruck, plusieurs particuliers déposèrent plainte (Strafanzeigen); une enquête préliminaire eut lieu, à l'issue de laquelle les autorités de poursuite résolurent de classer l'affaire.

## II. LE FILM "DAS LIEBESKONZIL"

**20.** La pièce dont le film est tiré fut écrite par Oskar Panizza et publiée en 1894. En 1895, la cour d'assises (Schwurgericht) de Munich jugea l'auteur coupable de "crimes contre la religion" et lui infligea une peine d'emprisonnement. Interdite en Allemagne, la pièce continua à être publiée ailleurs.

**21.** Elle représente Dieu le Père comme un vieillard infirme et impotent, Jésus-Christ comme un "enfant à sa maman" doté d'une faible intelligence et la Vierge Marie, qui tire manifestement les ficelles, comme une dévergondée sans scrupules. Ensemble, ils décident que l'humanité doit être punie pour son immoralité. Ils écartent la possibilité d'une destruction



complète au profit d'une forme de châtement après lequel l'humanité aura toujours "besoin de salut" et sera toujours "capable de rédemption". Impuissants à trouver eux-mêmes pareil châtement, ils décident d'appeler le diable à la rescousse.

Celui-ci avance l'idée d'une maladie sexuellement transmissible, de sorte que les hommes et les femmes se contamineront les uns les autres sans s'en rendre compte; il engendre avec Salomé une fille qui répandra le fléau parmi l'humanité. Les symptômes décrits par lui sont ceux de la syphilis.

A titre de récompense, il réclame la liberté de pensée; Marie dit qu'elle "y réfléchira". Il envoie alors sa fille accomplir sa besogne, d'abord parmi les représentants du pouvoir temporel, puis à la cour du pape, auprès des évêques, dans les couvents et monastères, et finalement parmi le commun des mortels.

**22.** Mis en scène par Werner Schroeter, le film est sorti en 1981. Il commence et se termine par des scènes censées extraites du procès de Panizza en 1895. Dans l'intervalle, il montre une représentation de la pièce par le Teatro Belli de Rome. Le film dépeint le dieu des religions juive, chrétienne et islamique comme un vieil homme, apparemment sénile, qui se prosterne devant le diable, échange avec lui un baiser profond et l'appelle son ami. Il le présente également comme jurant par le diable. D'autres scènes montrent la Vierge Marie permettant qu'on lui lise une histoire obscène et la manifestation d'une certaine tension érotique entre elle et le diable. Jésus-Christ adulte est campé comme un débile mental profond et une scène l'exhibe tentant lascivement de caresser les seins de sa mère et d'y poser des baisers, ce qu'à l'évidence elle tolère. Le film montre Dieu, la Vierge Marie et le Christ en train d'applaudir le diable.

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

**23.** La liberté de religion est garantie par l'article 14 de la Loi fondamentale, qui énonce:

- "1. La liberté de croyance et de conscience est pleinement garantie à chacun.
2. La jouissance des droits civils et politiques est indépendante de la confession; toutefois, celle-ci ne saurait justifier aucune dérogation aux devoirs civiques.
3. Nul ne peut être contraint d'accomplir un acte religieux ou de participer à une fête religieuse, sauf en vertu d'un pouvoir conféré par la loi à une autre personne ayant autorité sur lui."

**24.** La liberté artistique est garantie par l'article 17a de la Loi fondamentale, aux termes duquel:

"La création artistique, la propagation de l'art et son enseignement sont libres."

**25.** L'article 188 du code pénal est ainsi libellé:

"Quiconque dénigre ou bafoue, dans des conditions de nature à provoquer une indignation légitime, une personne ou une chose faisant l'objet de la vénération d'une Eglise ou communauté religieuse établie dans le pays, ou une doctrine, une coutume autorisée par la loi ou une institution autorisée par la loi de cette Eglise ou communauté encourt une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou une peine pécuniaire de 360 jours-amendes au plus."

**26.** L'arrêt de principe de la Cour suprême sur la relation entre les deux dispositions précitées fut rendu sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi introduit par le procureur général dans une espèce relative à la confiscation du film *Das Gespenst* ("Le Fantôme"), de Herbert Achternbusch. Bien que le recours ait été rejeté pour des motifs de pure forme, le fond n'ayant pas été tranché, il ressort indirectement de l'arrêt que si une oeuvre d'art empiète sur la liberté de culte garantie par l'article 14 de la Loi fondamentale, elle peut alors constituer un abus de la liberté d'expression artistique et se heurter ainsi à la loi (arrêt du 19 décembre 1985, *Medien und Recht* (Médias et Droit) 1986, no 2, p. 15).

**27.** Une infraction en matière de contenu des médias (*Medieninhaltsdelikt*) est définie comme "un acte passible d'une sanction judiciaire, commis au travers du contenu d'un moyen de publication et consistant en une communication ou représentation visant un nombre relativement élevé de personnes" (article 1 par. 12 de la loi sur les médias). La responsabilité pénale pour de telles infractions est régie par le droit pénal général dans la mesure où il n'y est pas dérogé ou ajouté par des dispositions particulières de la loi sur les médias (article 28 de la loi).

**28.** Celle-ci prévoit une sanction spécifique: la confiscation (*Einziehung*) de la publication concernée (article 33). Cette mesure peut être ordonnée en complément à toute sanction ordinaire prononcée en application du code pénal (article 33 par. 1).

L'article 33 par. 2 de la loi sur les médias prévoit que s'il n'est pas possible de poursuivre ou condamner quelqu'un pour une infraction pénale, la confiscation peut également être ordonnée dans le cadre d'une procédure distincte, dite "objective", tendant à la suppression d'une publication. Il est ainsi libellé:

"A la requête du parquet, la confiscation peut être prononcée dans le cadre d'une procédure indépendante si une publication dans un média constitue l'élément de fait objectif d'une infraction pénale, et si la poursuite d'une personne déterminée ne peut être assurée ou si sa condamnation est impossible pour des motifs excluant toute sanction pénale à son encontre (...)"

**29.** La saisie (Beschlagnahme) d'une publication dans l'attente de la décision relative à la confiscation peut être opérée en vertu de l'article 36 de la loi sur les médias, qui dispose:

"1. Le tribunal peut ordonner la saisie des copies destinées à la diffusion d'un ouvrage publié dans un média, s'il peut être supposé que la confiscation sera prononcée en vertu de l'article 33 et si les inconvénients découlant de la saisie ne sont pas disproportionnés par rapport à l'intérêt juridiquement protégé poursuivi par elle. La mesure ne peut de toute façon être prise dès lors que cet intérêt juridiquement protégé peut également être sauvegardé par la publication d'une information relative aux poursuites intentées.

2. La saisie présuppose l'engagement antérieur ou concomitant d'une procédure pénale ou d'une procédure indépendante pour infraction en matière de contenu des médias et une demande expresse de saisie émanant du parquet ou du requérant dans la procédure indépendante.

3. La décision ordonnant la saisie doit mentionner le passage ou la partie de l'ouvrage à l'origine de la mesure, ainsi que l'infraction soupçonnée (...)

4.-5. (...)"

**30.** Le droit commun de la procédure pénale s'applique à la poursuite des infractions en matière de contenu des médias et aux procédures objectives. Bien que dans le cadre de ces dernières, le propriétaire ou l'éditeur de l'ouvrage publié ne soit pas accusé d'une infraction pénale, il est traité comme une véritable partie, en vertu de l'article 41 par. 5, aux termes duquel:

"[Dans une procédure pénale ou dans une procédure objective concernant une infraction en matière de contenu des médias,] le propriétaire (éditeur) doit être convoqué à l'audience. Il a les droits de l'accusé; en particulier, il peut présenter les mêmes moyens de défense que lui et former appel contre le jugement au fond (...)"

## PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

**31.** L'association requérante a saisi la Commission le 6 octobre 1987. Elle alléguait des violations de l'article 10 (art. 10) de la Convention.

**32.** La Commission a retenu la requête (no 13470/87) le 12 avril 1991. Dans son rapport du 14 janvier 1993 (article 31) (art. 31), elle conclut à la violation de l'article 10 (art. 10):

a) quant à la saisie du film (neuf voix contre cinq);

b) en ce qui concerne sa confiscation (treize voix contre une).

Le texte intégral de son avis et des trois opinions dissidentes dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt\*.

---

\* Note du greffier: pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 295-A de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

## CONCLUSIONS PRESENTEES A LA COUR

### **33.** Dans son mémoire, le Gouvernement a invité la Cour

"à déclarer, ainsi que le prévoit l'article 27 par. 3 (art. 27-3) de la Convention, la requête irrecevable pour non-respect du délai de six mois de l'article 26 (art. 26) de la Convention ou, à titre subsidiaire, à constater que ni la saisie du film ni sa confiscation ultérieure n'ont violé l'article 10 (art. 10) de la Convention".

### **34.** A l'audience, l'association requérante a demandé à la Cour de

"statuer en sa faveur et de dire que la saisie puis la confiscation du film ont violé les obligations de la République d'Autriche au titre de l'article 10 (art. 10) de la Convention, et qu'il y a lieu de lui accorder la satisfaction équitable qu'elle revendique".

## EN DROIT

### I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

**35.** Pour le Gouvernement, la saisine de la Commission, intervenue le 6 octobre 1987 (paragraphe 31 ci-dessus), a eu lieu après l'expiration du délai de six mois fixé à l'article 26 (art. 26) de la Convention, aux termes duquel :

"La Commission ne peut être saisie [que] (...) dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive."

Premièrement, l'association requérante (OPI) n'aurait été "partie" qu'à la procédure relative à la saisie du film et non à celle concernant sa confiscation. Dès lors, la décision interne définitive serait celle de la cour d'appel d'Innsbruck confirmant l'ordonnance de saisie (30 juillet 1985).

A titre subsidiaire, le distributeur du film, la société "Czerny", seule détentrice des droits à l'unique copie du film, aurait consenti à sa destruction avant la première audience dans la "procédure objective" devant le tribunal régional d'Innsbruck. Celui-ci avait en fait ordonné la confiscation du film le 10 octobre 1986. La société "Czerny" n'ayant pas interjeté appel de cette ordonnance, il y aurait lieu de la considérer comme la décision interne définitive.

Admettre l'une ou l'autre thèse signifierait que la requête était tardive.

### **A. Sur la question de savoir si le Gouvernement est forclos pour soulever son moyen subsidiaire**

**36.** Le délégué de la Commission estime que le Gouvernement devrait être réputé forclos pour articuler son moyen subsidiaire, non soulevé devant la Commission au stade de la recevabilité. A ses yeux, le fait que

le Gouvernement a fait valoir une exception fondée sur le délai de six mois fixé à l'article 26 (art. 26) ne devrait pas être jugé suffisant, car l'argument avancé à l'époque se fondait sur des faits différents de ceux invoqués aujourd'hui.

**37.** La Cour connaît de pareilles exceptions préliminaires pour autant que l'Etat en cause les ait déjà soulevées avec une clarté suffisante devant la Commission, en principe au stade de l'examen initial de la recevabilité, dans la mesure où leur nature et les circonstances s'y prêtaient (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Bricmont c. Belgique* du 7 juillet 1989, série A no 158, p. 27, par. 73).

Si le Gouvernement a excipé de la règle des six mois devant la Commission, il ne s'est référé qu'à l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Innsbruck le 30 juillet 1985. Rien ne l'empêchait de formuler en même temps son argument subsidiaire. Il est donc forclos à le faire devant la Cour (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* du 24 juin 1993, série A no 260-B, p. 68, par. 36).

## **B. Sur le bien-fondé du moyen principal du Gouvernement**

**38.** L'argument du Gouvernement consiste en réalité à dire qu'OPI n'est pas "victime" de la confiscation du film, par opposition à sa saisie.

**39.** Une personne peut valablement se prétendre "victime" d'une ingérence dans l'exercice de ses droits garantis par la Convention si elle a été directement touchée par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence (voir, notamment et mutatis mutandis, les arrêts *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, série A no 142, pp. 15-16, par. 31, et *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, série A no 246, p. 22, par. 43).

**40.** Bien que l'association requérante ne fût propriétaire ni du copyright ni de la copie en question du film, il est clair qu'elle a directement pâti de la décision de confiscation, qui avait pour effet de l'empêcher en permanence de projeter le film dans son cinéma à Innsbruck, comme du reste ailleurs en Autriche. En outre, la saisie était une mesure provisoire, dont la légalité fut confirmée par la décision de confiscation; les deux sont inséparables. Enfin, il n'est pas sans importance que le gérant d'OPI apparaisse en qualité de partie dont la responsabilité pourrait être engagée dans le jugement rendu le 10 octobre 1986 par le tribunal régional dans la procédure de confiscation (paragraphe 15 ci-dessus).

OPI peut donc se prétendre "victime" tant de la confiscation du film que de sa saisie.

**41.** Il résulte de ce qui précède que la "décision définitive" aux fins de l'article 26 (art. 26) est l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Innsbruck le 25

mars 1987 et notifié à OPI le 7 avril (paragraphe 17 ci-dessus). Conformément à sa pratique habituelle, la Commission a décidé qu'introduite dans les six mois de cette dernière date, la requête l'avait été dans le délai requis. Dès lors, il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement.

## II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 10 (art. 10)

**42.** L'association requérante soutient que la saisie puis la confiscation du film *Das Liebeskonzil* ont violé le droit à la liberté d'expression que lui garantit l'article 10 (art. 10) de la Convention, aux termes duquel:

"1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article (art. 10) n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."

### **A. Y a-t-il eu des "ingérences" dans l'exercice par l'association requérante de sa liberté d'expression ?**

**43.** Bien que devant la Commission le Gouvernement n'ait admis pareille ingérence qu'en ce qui concerne la saisie du film, thèse reprise par lui dans son exception préliminaire (paragraphe 35 ci-dessus), devant la Cour il ne conteste plus que, si l'exception devait être rejetée, tant la saisie que la confiscation constituaient de telles ingérences.

Semblables immixtions violent l'article 10 (art. 10) si elles ne remplissent pas les exigences de son paragraphe 2 (art. 10-2). La Cour doit donc rechercher successivement si elles étaient "prévues par la loi", si elles poursuivaient un but légitime au regard dudit paragraphe (art. 10-2) et si elles étaient "nécessaires dans une société démocratique" pour atteindre ce but.

### **B. Les ingérences étaient-elles "prévues par la loi" ?**

**44.** L'association requérante nie que les ingérences étaient "prévues par la loi" et soutient que l'article 188 du code pénal autrichien a été appliqué de façon incorrecte. Premièrement, il serait douteux qu'une oeuvre d'art traitant sur le mode satirique de personnes ou de choses vénérées par une religion pût être considérée comme "dénigrant ou bafouant" celle-ci.

Deuxièmement, l'indignation ne saurait être "justifiée" de la part de personnes libres de leur décision de voir ou non le film. Troisièmement, on aurait conféré un poids insuffisant au droit à la liberté artistique, garanti par l'article 17a de la Loi fondamentale.

**45.** La Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Chorherr c. Autriche* du 25 août 1993, série A no 266-B, p. 36, par. 25).

Les juridictions d'Innsbruck avaient à mettre en balance le droit à la liberté artistique et le droit au respect des convictions religieuses, consacré par l'article 14 de la Loi fondamentale. Avec la Commission, la Cour n'aperçoit aucun motif de considérer que le droit autrichien n'a pas été correctement appliqué.

### **C. Les ingérences poursuivaient-elles un "but légitime" ?**

**46.** D'après le Gouvernement, la saisie et la confiscation du film tendaient à la "protection des droits d'autrui", en particulier du droit au respect des sentiments religieux et à "la défense de l'ordre".

**47.** Ainsi que la Cour l'a fait observer dans son arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 (série A no 260-A, p. 17, par. 31), la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui se trouve consacrée par l'article 9 (art. 9) de la Convention, représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle est, dans sa dimension religieuse, l'un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie.

Ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi. Toutefois, la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'Etat, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9 (art. 9). En effet, dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer.

Dans l'arrêt *Kokkinakis*, la Cour a jugé, dans le contexte de l'article 9 (art. 9), qu'un Etat peut légitimement estimer nécessaire de prendre des mesures visant à réprimer certaines formes de comportement, y compris la communication d'informations et d'idées jugées incompatibles avec le

respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui (ibidem, p. 21, par. 48). On peut légitimement estimer que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 (art. 9) a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse; de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique. La Convention doit se lire comme un tout et, par conséquent, l'interprétation et l'application de l'article 10 (art. 10) en l'espèce doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, série A no 28, p. 31, par. 68).

**48.** Les mesures litigieuses se fondaient sur l'article 188 du code pénal autrichien, lequel tend à éliminer les comportements dirigés contre les objets de vénération religieuse qui sont de nature à causer une "indignation justifiée". Il en résulte qu'elles visaient à protéger le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes. Eu égard également à la manière dont étaient formulées les décisions des juridictions autrichiennes, la Cour admet que les mesures incriminées poursuivaient un but légitime au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), à savoir "la protection des droits d'autrui".

#### **D. La saisie et la confiscation étaient-elles "nécessaires dans une société démocratique" ?**

##### *1. Principes généraux*

**49.** Ainsi que la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" (voir notamment l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, par. 49).

Toutefois, ainsi que le confirme le libellé lui-même du second paragraphe de l'article 10 (art. 10-2), quiconque exerce les droits et libertés consacrés au premier paragraphe de cet article (art. 10-1) assume "des devoirs et des responsabilités". Parmi eux - dans le contexte des opinions et croyances religieuses - peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et



qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain.

Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans certaines sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, des attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse, pourvu toujours que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée soit proportionnée au but légitime poursuivi (voir l'arrêt Handyside mentionné ci-dessus, *ibidem*).

**50.** Comme pour la "morale", il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (voir l'arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, série A no 133, p. 20, par. 30, et p. 22, par. 35); semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence.

Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée. Elle va de pair avec un contrôle au titre de la Convention, dont l'ampleur variera en fonction des circonstances. Dans des cas, comme celui de l'espèce, où il y a eu ingérence dans l'exercice des libertés garanties au paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), ce contrôle doit être strict, vu l'importance des libertés en question. La nécessité de toute restriction doit être établie de manière convaincante (voir, en dernier lieu, l'arrêt Informationsverein Lentia et autres c. Autriche du 24 novembre 1993, série A no 276, p. 15, par. 35).

## *2. Application des principes énoncés ci-dessus*

**51.** Le film qui fut saisi et confisqué par les décisions des juridictions autrichiennes se fonde sur une pièce de théâtre, mais la présente affaire ne concerne que la production cinématographique en question.

### **a) La saisie**

**52.** Le Gouvernement justifie la saisie du film en excipant de son caractère: celui d'une attaque contre la religion chrétienne, spécialement catholique romaine. Le fait de placer la pièce originale dans le cadre du procès de son auteur en 1895 aurait, en réalité, servi à renforcer la nature antireligieuse du film, qui se terminait par une dénonciation violente et injurieuse de ce qui était présenté comme la moralité catholique.

De surcroît, la religion jouerait dans la vie quotidienne de la population tyrolienne un rôle particulièrement important. Forte déjà de 78 % dans la

population autrichienne globale, la proportion de catholiques romains au Tyrol s'élèverait à 87 %.

Il en résulterait qu'à l'époque considérée, au moins, il y avait un besoin social impérieux de préserver la paix religieuse; il était nécessaire de protéger le public contre le film, et les juridictions d'Innsbruck n'auraient pas excédé leur marge d'appréciation à cet égard.

**53.** L'association requérante soutient qu'elle a agi d'une manière responsable en cherchant à prévenir toute offense injustifiée. Elle relève qu'elle avait prévu de projeter le film dans son cinéma, qui n'était accessible au public qu'après acquittement d'un droit d'entrée; en outre, son public se composait, dans l'ensemble, de personnes intéressées par la culture progressiste. Enfin, en vertu de la législation tyrolienne en vigueur, l'accès au film devait être refusé aux mineurs de dix-sept ans. Dès lors, il n'y avait aucun danger réel que quiconque se fût trouvé confronté sans l'avoir voulu à une oeuvre choquante.

La Commission souscrit pour l'essentiel à cette thèse.

**54.** La Cour relève tout d'abord que bien que l'accès au cinéma pour voir le film litigieux fût soumis au paiement d'un droit d'entrée et à une condition d'âge, le film avait fait l'objet d'une large publicité. Le public avait une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature; pour ces motifs, la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment "publique" pour être offensante.

**55.** La question dont la Cour se trouve saisie implique une mise en balance des intérêts contradictoires tenant à l'exercice de deux libertés fondamentales garanties par la Convention: d'une part, le droit, pour OPI, de communiquer au public des idées sujettes à controverse et, par implication, le droit, pour les personnes intéressées, de prendre connaissance de ces idées, et, d'autre part, le droit d'autres personnes au respect de leur liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce faisant, il faut avoir égard à la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales, qui se doivent aussi, dans une société démocratique, de prendre en considération, dans les limites de leurs compétences, les intérêts de la société dans son ensemble.

**56.** En ordonnant la saisie, puis la confiscation du film, les juridictions autrichiennes ont jugé que celui-ci constituait, à l'aune de la conception du public tyrolien, une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine. Il ressort de leurs décisions qu'elles ont dûment tenu compte de la liberté d'expression artistique, qui se trouve garantie par l'article 10 (art. 10) de la Convention (voir l'arrêt Müller et autres précité, p. 22, par. 33) et pour laquelle l'article 17a de la Loi fondamentale prévoit une protection spécifique. Elles n'ont pas considéré que la valeur artistique du

film ou sa contribution au débat public dans la société autrichienne l'emportaient sur les caractéristiques qui le rendaient offensant pour le public en général dans leur ressort. Les juges du fond, après avoir visionné le film, relevèrent le caractère provocateur des représentations de Dieu le Père, de la Vierge Marie et de Jésus-Christ (paragraphe 16 ci-dessus). Le contenu du film (paragraphe 22 ci-dessus) ne peut passer pour incapable de fonder les conclusions auxquelles les juridictions autrichiennes ont abouti.

La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. En saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante. Il appartient en premier lieu aux autorités nationales, mieux placées que le juge international, d'évaluer la nécessité de semblables mesures, à la lumière de la situation qui existe au plan local à une époque donnée. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la Cour n'estime pas que les autorités autrichiennes peuvent être réputées avoir excédé leur marge d'appréciation à cet égard.

Dès lors, elle ne constate aucune violation de l'article 10 (art. 10) en ce qui concerne la saisie.

## **b) La confiscation**

**57.** Le raisonnement exposé ci-dessus s'applique aussi à la confiscation, qui établissait en définitive la légalité de la saisie et constituait, en droit autrichien, la conséquence normale de celle-ci.

L'article 10 (art. 10) ne saurait s'interpréter comme interdisant la confiscation dans l'intérêt public de choses dont l'usage a été régulièrement jugé illicite (voir l'arrêt Handyside précité, p. 30, par. 63). Bien que la confiscation du film rendît en permanence impossible sa projection où que ce fût en Autriche, la Cour estime que les moyens utilisés n'étaient pas disproportionnés au but légitime poursuivi et que, par conséquent, les autorités nationales n'ont pas excédé leur marge d'appréciation à cet égard.

En conséquence, la confiscation n'a pas non plus violé l'article 10 (art. 10).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

- 1.** Dit, à l'unanimité, que l'exception préliminaire subsidiaire du Gouvernement est frappée de forclusion ;
- 2.** Rejette, à l'unanimité, son exception préliminaire principale ;

**3.** Dit, par six voix contre trois, que ni la saisie du film ni sa confiscation n'ont violé l'article 10 (art. 10) de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 20 septembre 1994.

Rolv RYSSDAL  
Président

Herbert PETZOLD  
Greffier f.f.

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 (art. 51-2) de la Convention et 53 par. 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente commune à Mme Palm et à MM. Pekkanen et Makarczyk.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A Mme LE JUGE PALMET A MM. LES  
JUGES PEKKANEN ET MAKARCZYK  
(Traduction)

**1.** Nous regrettons de ne pouvoir souscrire à l'avis de la majorité, pour laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 10 (art. 10).

**2.** La Cour se trouve ici confrontée à la nécessité de mettre en balance deux droits apparemment contradictoires garantis par la Convention. Il s'agit évidemment du droit à la liberté de religion (article 9) (art. 9), invoqué par le Gouvernement, et du droit à la liberté d'expression (article 10) (art. 10), invoqué par l'association requérante. Dès lors que la cause concerne des restrictions à ce dernier droit, notre discussion se focalisera sur la question de savoir si celles-ci sont "nécessaires dans une société démocratique" et donc légitimes au regard du deuxième paragraphe de l'article 10 (art. 10-2).

**3.** Ainsi que la majorité le déclare justement, reprenant le fameux passage de l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A no 24), la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une "société démocratique"; elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais spécialement pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Il ne sert à rien de ne garantir cette liberté qu'autant qu'elle soit utilisée en conformité avec les opinions acceptées.

Il en résulte que les termes de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), dans les limites desquels une atteinte au droit à la liberté d'expression peut exceptionnellement être autorisée, sont d'interprétation étroite; la marge d'appréciation de l'Etat dans ce domaine ne saurait être large.

En particulier, il ne devrait pas être loisible aux autorités de l'Etat de décider si une déclaration donnée est de nature à "contribue[r] à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain"; semblable décision ne peut que subir l'influence de l'idée que se font les autorités du "progrès".

**4.** La nécessité d'une ingérence déterminée pour atteindre un but légitime doit se trouver établie de manière convaincante (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche* du 24 novembre 1993, série A no 276, p. 15, par. 35). Cela est d'autant plus vrai dans les cas, tels celui de l'espèce, où, avec une saisie, l'ingérence prend la forme d'une restriction préalable (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, série A no 216, p. 30, par. 60). Le risque est qu'appliquées aux fins de protection des intérêts, tels qu'ils sont perçus, d'un groupe puissant de la société, de

telles restrictions pourraient nuire à la tolérance indispensable à une démocratie pluraliste.

**5.** La Cour a jugé à bon droit que ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent des oeuvres d'art, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions ainsi qu'à l'accomplissement personnel d'individus, choses primordiales pour une société démocratique, et que, par conséquent, l'Etat a l'obligation de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression (voir l'arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, série A no 133, p. 22, par. 33). Nous admettons aussi qu'indépendamment de la question de savoir si l'objet en cause peut être, d'une manière générale, considéré comme une oeuvre d'art, ceux qui le rendent accessible au public n'échappent pas pour cette raison aux "devoirs et responsabilités" y afférents; leur étendue et leur nature dépendent de la situation et du procédé utilisé (voir l'arrêt Müller et autres précité, p. 22, par. 34).

**6.** La Convention ne garantit pas explicitement un droit à la protection des sentiments religieux. Plus précisément, semblable droit ne peut être dérivé du droit à la liberté de religion qui, en réalité, inclut un droit d'exprimer des vues critiquant les opinions religieuses d'autrui.

Néanmoins, il faut admettre qu'il peut être "légitime", aux fins de l'article 10 (art. 10), de protéger les sentiments religieux de certains membres de la société contre les critiques et insultes d'une certaine gravité; la tolérance est à double sens et le caractère démocratique d'une société se trouvera affecté si des attaques violentes et injurieuses contre la réputation d'un groupe religieux sont autorisées. En conséquence, il faut aussi admettre qu'il peut être "nécessaire dans une société démocratique" de fixer des limites à l'expression publique de telles critiques ou insultes. Dans cette mesure, mais pas au-delà, nous pouvons suivre la majorité.

**7.** Le devoir et la responsabilité d'une personne cherchant à user de sa liberté d'expression doit être de limiter, autant que l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle la limite, l'offense que sa déclaration peut causer à autrui. Ce n'est que si elle omet de prendre les mesures nécessaires, ou si celles-ci s'avèrent insuffisantes, que l'Etat peut intervenir.

Même si la nécessité d'une action répressive est démontrée, les mesures en question doivent être "proportionnées au but légitime poursuivi"; d'après la jurisprudence de la Cour, à laquelle nous souscrivons, cela ne sera généralement pas le cas si une autre solution, moins restrictive, était disponible (voir, en dernier lieu, l'arrêt Informationsverein Lentia et autres précité, p. 16, par. 39).

La nécessité d'une action répressive prenant la forme d'une interdiction complète de l'exercice de la liberté d'expression ne peut être acceptée que

si le comportement incriminé atteint un niveau tellement élevé d'insulte et se rapproche tellement d'une dénégation de la liberté de religion d'autrui qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société.

**8.** En ce qui concerne la nécessité d'une quelconque action de l'Etat en l'occurrence, nous soulignons les distinctions entre la présente espèce et l'affaire Müller et autres, dans laquelle aucune violation de l'article 10 (art. 10) ne fut constatée. Les peintures de M. Müller étaient accessibles sans restriction au grand public, de sorte qu'elles pouvaient être vues - et qu'en réalité elles le furent - par des personnes pour qui elles étaient incongrues.

**9.** Contrairement aux peintures de M. Müller, le film devait être projeté à des spectateurs payants, dans un "cinéma d'art" qui servait un public relativement restreint, amateur de films expérimentaux. Il est dès lors peu probable qu'eussent figuré parmi eux des personnes non spécialement intéressées par le film.

Ces spectateurs eurent en outre suffisamment l'occasion d'être avertis à l'avance de la nature du film. Contrairement à la majorité, nous considérons que l'annonce publiée par OPI visait à fournir des informations au sujet de la manière critique dont le film traitait de la religion catholique romaine; en réalité, elle était suffisamment claire pour permettre aux personnes religieusement sensibles de prendre en connaissance de cause la décision de ne pas aller voir le film.

Il apparaît donc peu probable qu'en l'espèce quiconque eût pu être confronté sans l'avoir voulu à une oeuvre choquante.

Nous concluons dès lors qu'OPI a agi d'une manière responsable, propre à limiter, autant qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle les limitât, les éventuels effets préjudiciables résultant de la projection du film.

**10.** Enfin, ainsi que l'a déclaré OPI, que le gouvernement n'a pas contredite, l'accès au film était interdit aux personnes mineures de dix-sept ans en vertu du droit tyrolien, et l'annonce publiée par OPI comportait une mention à cet effet.

Dans ces conditions, on peut négliger le risque que le film eût pu être vu par des personnes pour lesquelles il n'était pas convenable eu égard à leur âge.

Les autorités autrichiennes avaient donc à leur disposition, et elles en usèrent effectivement, une possibilité moins restrictive que la saisie du film pour prévenir toute offense injustifiée.

**11.** Nous ne nions pas que la projection du film eût pu offenser les sentiments religieux de certaines parties de la population tyrolienne. Toutefois, compte tenu des mesures effectivement prises par OPI afin de protéger ceux qui auraient pu se sentir offensés, ainsi que de la protection offerte par la législation autrichienne aux mineurs de dix-sept ans, nous estimons, en définitive, que la saisie et la confiscation du film litigieux n'étaient pas proportionnées au but légitime poursuivi.



Cour de cassation française  
Marithé contre Croyances et libertés  
Pourvois B 05-15822 et W 05-16001  
14 novembre 2006



## **République française**

### **Au nom du peuple français**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Joint les pourvois n° B 05-15822 et W 05-16001 en raison de leur connexité ;

Attendu que la société GIP, titulaire de la marque de vêtements Marithé François X... (MFG) a, à l'occasion du lancement de sa collection de printemps 2005, fait apposer une affiche, du 1er au 31 mars 2005, sur une surface de 400 m<sup>2</sup> de la façade d'un immeuble de la porte Maillot à Neuilly-sur-Seine, qui consistait en une photographie inspirée du tableau "La Cène" de Léonard de Vinci, ses participants étant remplacés par des femmes portant des vêtements de la marque et accompagnées d'un homme dos nu ; que l'association Croyances et libertés, estimant que cette publicité était injurieuse à l'égard de la communauté des catholiques, a demandé au juge des référés qu'il soit interdit à l'agence Air Paris et à la société MFG d'afficher, de diffuser ou de publier la photographie litigieuse au motif qu'elle constituerait une injure au sens des articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 et à ce titre un trouble manifestement illicite ; que cette association a ensuite limité ses prétentions à l'affichage public de la photographie litigieuse ; que par ordonnance du 10 mars 2005, le tribunal de grande instance de Paris, retenant l'existence de l'injure alléguée, a interdit aux sociétés GIP et JC Decaux publicité lumineuse d'afficher la photographie en tous lieux publics et sur tous supports, ordonné l'interruption de son affichage, fixé une astreinte de 100 000 euros, mis hors de cause les autres défendeurs ; que l'affiche a été déposée le 11 mars 2005 et remplacée par l'image de la seule table précédemment utilisée dépourvue de tout personnage ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° B 05-15.822 de la société GIP et de son pourvoi incident au pourvoi n° W 05-16.001 qui sont identiques ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les exceptions de nullité de la procédure alors qu'en décidant que la société GIP à qui aucune citation n'avait été signifiée lorsqu'elle avait comparu avec son dirigeant personnellement assigné, avait néanmoins bénéficié d'un temps suffisant pour préparer sa défense quelles que soient les conditions de sa citation au prétexte que la qualité de l'intervention du conseil de la société GIP et de son dirigeant avait établi la parfaite connaissance que celui-ci avait du dossier, la cour d'appel a violé les articles 16 et 468 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que lorsqu'elle s'était présentée devant le juge, la société GIP était assistée d'un avocat qui

avait reçu communication du dossier dont il avait démontré la parfaite connaissance qu'il en avait par la qualité de son intervention a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, estimé qu'elle avait disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense ; qu'elle a pu en déduire que la cause de l'irrecevabilité de la demande avait disparu du fait de la régularisation intervenue au moment où le juge a statué ;

D'où il suit que le moyen ne peut qu'être rejeté ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident éventuel n° W 05-16.001 de l'association Croyances et libertés ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'intervention volontaire de la Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, alors :

1 / qu'en matière d'infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881, la qualité de partie au procès est limitée dans les conditions énoncées aux articles 47, 48 et 48-1 et en ce qui concerne l'injure à caractère religieux, les associations agréées ne peuvent exercer que les droits de la partie civile ; en admettant la recevabilité de l'intervention de la ligue, qui n'avait pas pour objet d'obtenir la réparation du préjudice causé par l'injure envers un groupe de personnes en raison de sa religion, la cour d'appel a violé les articles 48, 6 et 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 ;

2 / qu'en matière d'infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881, la qualité de partie au procès est limitée dans les conditions énoncées aux articles 47, 48 et 48-1 et en ce qui concerne l'injure à caractère religieux, les associations agréées ne peuvent agir qu'à la condition que l'infraction poursuivie relève de la cause qu'elles sont habilitées à défendre en justice et en constatant que la Ligue s'était donné pour mission la défense de causes différentes de la défense des victimes de discriminations fondées sur la religion quand seule l'injure envers un groupe de personnes en raison de leur religion était poursuivie, la cour d'appel a violé les articles 48, 6 et 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 ;

3 / qu'à défaut d'habilitation légale une association se proposant de défendre un intérêt collectif confinant à l'intérêt général n'a pas d'intérêt à intervenir en justice pour faire valoir ses prétentions concernant l'application d'une infraction et en se bornant à constater que l'association intervenante s'était donné pour mission de défendre les principes de liberté d'expression, de légalité des peines et de liberté de pensée pour admettre son intervention, la cour d'appel a violé les articles 31,330, alinéa 2, et 554 du nouveau code de procédure civile ;

4 / qu'en ne répondant pas au moyen qui soutenait que l'acte d'intervention de la ligue ne précisait pas le nom de la personne physique

la représentant, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la Ligue pour la défense des droits de l'homme et du citoyen qui avait fondé son intervention volontaire sur les articles 7, 9 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entendait défendre le principe qu'il n'y a pas de peine sans loi, celui de la liberté de pensée et celui de la liberté d'expression et non assister les victimes d'une discrimination, en a déduit à bon droit que l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 lui était inapplicable ;

D'où il suit que le moyen qui est inopérant dans ses troisième et quatrième branches ne peut qu'être rejeté ;

Mais sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi de la société GIP et sur le moyen unique du pourvoi de la Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen :

Vu les articles 29, alinéa 2, 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, ensemble l'article 809 du nouveau code de procédure civile, ainsi que 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que pour interdire d'afficher la photographie litigieuse en tous lieux publics et sur tous supports et faire injonction de l'interrompre, la cour d'appel a énoncé que cette affiche, dont la recherche esthétique n'était pas contestée, reproduisait à l'évidence la Cène de Jésus-Christ..., que cet événement fondateur du christianisme, lors duquel Jésus-Christ institua le sacrement de l'Eucharistie, faisait incontestablement partie des éléments essentiels de la foi catholique ;

que dès lors l'installation de l'affiche litigieuse sous la forme d'une bâche géante sur le passage d'un très grand nombre de personnes, constituait l'utilisation dévoyée, à grande échelle, d'un des principaux symboles de la religion catholique, à des fins publicitaires et commerciales en sorte que l'association Croyances et libertés était bien fondée à soutenir qu'il était fait gravement injure, au sens des articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 3, de la loi susvisée aux sentiments religieux et à la foi des catholiques et que cette représentation outrageante d'un thème sacré détourné par une publicité commerciale leur causait ainsi un trouble manifestement illicite qu'il importait de faire cesser par la mesure sollicitée ; que ladite composition n'avait d'évidence pour objet que de choquer celui qui la découvrait afin de retenir son attention sur la représentation saugrenue de la Cène ainsi travestie, en y ajoutant ostensiblement une attitude équivoque de certains personnages, et ce, au profit de la marque commerciale inscrite au-dessus de ce tableau délibérément provoquant ;

que le caractère artistique et l'esthétisme recherchés dans ce visuel publicitaire n'empêchait pas celui-ci de constituer même si l'institution de l'Eucharistie n'y était pas traitée un dévoiement caractérisé d'un acte fondateur de la religion chrétienne avec un élément de nudité racoleur, au mépris du caractère sacré de l'instant saisi ... ;

Qu'en retenant ainsi l'existence d'un trouble manifestement illicite, quand la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la Cour de cassation est en mesure de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi incident éventuel de l'association Croyances et libertés ;

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré recevable l'intervention volontaire de la Ligue des droit de l'homme et du citoyen ainsi que rejeté l'exception de nullité de la procédure présentée par la société GIP, l'arrêt rendu le 8 avril 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Vu l'article 627, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déboute l'association Croyances et libertés de sa demande ;

Condamne l'association Croyances et libertés aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze novembre deux mille six.

**Composition de la juridiction :** M. Ancel, Mme Crédeville, M. Sarcelet, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Piwnica et Molinié, SCP Roger et Sevaux, SCP Waquet, Farge et Hazan

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris 2005-04-08 (Cassation partielle sans renvoi)





Cour européenne des droits de l'homme  
Lautsi et autres contre Italie  
Requête 30814/06  
18 mars 2011



## **En l'affaire Lautsi et autres c. Italie,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Jean-Paul Costa, président,  
Christos Rozakis,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Josep Casadevall,  
Giovanni Bonello,  
Nina Vajić,  
Rait Maruste,  
Anatoly Kovler,  
Sverre Erik Jebens,  
Päivi Hirvelä,  
Giorgio Malinverni,  
George Nicolaou,  
Ann Power,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Mihai Poalelungi,  
Guido Raimondi, juges,  
et d'Erik Fribergh, greffier,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 30 juin 2010 et 16 février 2011,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

### **PROCÉDURE**

**1.** A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 30814/06) dirigée contre la République italienne et dont une ressortissante de cet Etat, Mme Soile Lautsi (« la requérante »), a saisi la Cour le 27 juillet 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Dans sa requête, elle indique agir en son nom ainsi qu'au nom de ses enfants alors mineurs, Dataico et Sami Albertin. Devenus entre-temps majeurs, ces derniers ont confirmé vouloir demeurer requérants (« les deuxième et troisième requérants »).

**2.** Les requérants sont représentés par Me N. Paoletti, avocat à Rome. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, Mme E. Spatafora, et par ses coagents adjoints, M. N. Lettieri et Mme P. Accardo.

**3.** La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 1er juillet 2008, une chambre de ladite section, composée des juges dont le nom suit : Françoise Tulkens, Antonella

Mularoni, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó et Işıl Karakaş, a décidé de communiquer la requête au Gouvernement ; se prévalant des dispositions de l'article 29 § 3 de la Convention, elle a également décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

**4.** Le 3 novembre 2009, une chambre de cette même section, composée des juges dont le nom suit : Françoise Tulkens, présidente, Ireneu Cabral Barreto, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó et Işıl Karakaş, a déclaré la requête recevable et a conclu à l'unanimité à la violation de l'article 2 du Protocole no 1 examiné conjointement avec l'article 9 de la Convention, et au non-lieu à examen du grief tiré de l'article 14 de la Convention.

**5.** Le 28 janvier 2010, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement de la Cour. Le 1er mars 2010, un collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

**6.** La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

**7.** Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond de l'affaire.

**8.** Se sont vus accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 2 du règlement), trente-trois membres du Parlement européen agissant collectivement, l'organisation non-gouvernementale Greek Helsinki Monitor, déjà intervenante devant la chambre, l'organisation non gouvernementale Associazione nazionale del libero Pensiero, l'organisation non gouvernementale European Centre for Law and Justice, l'organisation non gouvernementale Eurojuris, les organisations non gouvernementales commission internationale de juristes, Interights et Human Rights Watch, agissant collectivement, les organisations non-gouvernementales Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France, Associazioni cristiane Lavoratori italiani, agissant collectivement, ainsi que les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de la République de Saint-Marin. Les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, et de la République de Saint-Marin ont en outre été autorisés à intervenir collectivement dans la procédure orale.

**9.** Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'Homme, à Strasbourg, le 30 juin 2010 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

- pour le gouvernement défendeur  
MM. Nicola LETTIERI, co-agent,  
Giuseppe ALBENZIO, conseiller ;
- pour les requérants  
Me Nicolò PAOLETTI, conseil,  
Me Natalia PAOLETTI,  
Mme Claudia SARTORI, conseillers ;
- pour les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, et de la République de Saint-Marin, tiers intervenants :

MM. Joseph WEILER, professeur à la faculté de droit de l'université de New York, conseil,  
Stepan KARTASHYAN, représentant permanent adjoint de l'Arménie auprès de Conseil de l'Europe ;  
Andrey TEHOV, ambassadeur, représentant permanent de la Bulgarie auprès du Conseil de l'Europe ;  
Yannis MICHILIDES, représentant permanent adjoint de Chypre auprès du Conseil de l'Europe ;  
Mme Vasileia PELEKOU, adjointe au représentant permanent de la Grèce auprès du Conseil de l'Europe ;  
MM. Darius ŠIMAITIS, représentant permanent adjoint de la Lituanie auprès du Conseil de l'Europe ;  
Joseph LICARI, ambassadeur, représentant permanent de Malte auprès du Conseil de l'Europe ;  
Georgy MATYUSHKIN, agent du gouvernement de la Fédération de Russie ;  
Me Guido BELLATTI CECCOLI, co-agent du gouvernement de la République de Saint-Marin, conseillers.

La Cour a entendu Mes Nicolò Paoletti et Natalia Paoletti, ainsi que MM. Lettieri, Albenzio et Weiler.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

**10.** Nés respectivement en 1957, 1988 et 1990, la requérante et ses deux fils, Dataico et Sami Albertin, également requérants, résident en Italie. Ces derniers étaient scolarisés en 2001-2002 dans l'école publique Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre, à Abano Terme. Un crucifix était accroché dans les salles de classe de l'établissement.

**11.** Le 22 avril 2002, au cours d'une réunion du conseil d'école, le mari de la requérante souleva le problème de la présence de symboles religieux dans les salles de classe, de crucifix en particulier, et posa la question de leur retrait. Le 27 mai 2002, par dix voix contre deux, avec une abstention, le conseil d'école décida de maintenir les symboles religieux dans les salles de classe.

**12.** Le 23 juillet 2002, la requérante saisit le tribunal administratif de Vénétie de cette décision, dénongant une violation du principe de laïcité – elle se fondait à cet égard sur les articles 3 (principe d'égalité) et 19 (liberté religieuse) de la Constitution italienne et sur l'article 9 de la Convention – ainsi que du principe d'impartialité de l'administration publique (article 97 de la Constitution).

**13.** Le 3 octobre 2002, le ministre de l'Instruction, de l'Université et de la Recherche prit une directive (no 2666) aux termes de laquelle les services compétents de son ministère devaient prendre les dispositions nécessaires afin, notamment, que les responsables scolaires assurent la présence de crucifix dans les salles de classe (paragraphe 24 ci-dessous).

Le 30 octobre 2003, ledit ministre se constitua partie dans la procédure initiée par la requérante. Il concluait au défaut de fondement de la requête, arguant de ce que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques se fondait sur l'article 118 du décret royal no 965 du 30 avril 1924 (règlement intérieur des établissements d'instruction moyenne) et l'article 119 du décret royal no 1297 du 26 avril 1928 (approbation du règlement général des services d'enseignement primaire ; paragraphe 19 ci-dessous).

**14.** Par une ordonnance du 14 janvier 2004, le tribunal administratif saisit la Cour constitutionnelle de la question de la constitutionnalité, au regard du principe de laïcité de l'Etat et des articles 2, 3, 7, 8, 19 et 20 de la Constitution, des articles 159 et 190 du décret-loi no 297 du 16 avril 1994 (portant approbation du texte unique des dispositions législatives en vigueur en matière d'instruction et relatives aux écoles), dans leurs « spécifications » résultant des articles 118 et 119 des décrets royaux susmentionnés, ainsi que de l'article 676 dudit décret-loi.

Les articles 159 et 190 du décret-loi mettent la fourniture et le financement du mobilier scolaire des écoles primaires et moyennes à la charge des communes, tandis que l'article 119 du décret de 1928 inclut le crucifix sur la liste des meubles devant équiper les salles de classe, et l'article 118 du décret de 1924 spécifie que chaque classe doit être pourvue du portrait du roi et d'un crucifix. Quant à l'article 676 du décret-loi, il précise que les dispositions non comprises dans le texte unique restent en vigueur, « à l'exception des dispositions contraires ou incompatibles avec le texte unique, qui sont abrogées ».

Par une ordonnance du 15 décembre 2004 (no 389), la Cour constitutionnelle déclara la question de constitutionnalité manifestement irrecevable, au motif qu'elle visait en réalité des textes qui, n'ayant pas rang de loi mais rang réglementaire (les articles 118 et 119 susmentionnés), ne pouvaient être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

**15.** Le 17 mars 2005, le tribunal administratif rejeta le recours. Après avoir conclu que l'article 118 du décret royal du 30 avril 1924 et l'article 119 du décret royal du 26 avril 1928 étaient encore en vigueur et souligné que « le principe de laïcité de l'Etat fait désormais partie du patrimoine juridique européen et des démocraties occidentales », il jugea que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, eu égard à la signification qu'il convenait de lui donner, ne se heurtait pas audit principe. Il estima notamment que, si le crucifix était indéniablement un symbole religieux, il s'agissait d'un symbole du christianisme en général, plutôt que du seul catholicisme, de sorte qu'il renvoyait à d'autres confessions. Il considéra ensuite qu'il s'agissait de surcroît d'un symbole historico-culturel, pourvu à ce titre d'une « valeur identitaire » pour le peuple italien en ce qu'il « représente d'une certaine manière le parcours historique et culturel caractéristique de [l'Italie] et en général de l'Europe toute entière, et qu'il en constitue une bonne synthèse ». Il retint en outre que le crucifix devait aussi être considéré comme un symbole d'un système de valeurs qui innervent la charte constitutionnelle italienne. Son jugement est ainsi motivé :

« (...) 11.1. A ce stade, force est de constater, même en étant conscient de s'engager sur un chemin impraticable et parfois glissant, que le christianisme, ainsi que le judaïsme son grand-frère – du moins depuis Moïse et certainement dans l'interprétation talmudique –, ont placé au centre de leur foi la tolérance vis-à-vis d'autrui et la protection de la dignité humaine.

Singulièrement, le christianisme – par référence également au bien connu et souvent incompris « Donnez à César ce qui est à César, et à ... » –, avec sa forte accentuation du précepte de l'amour pour le prochain, et plus encore par l'explicite prédominance donnée à la charité sur la foi elle-même, contient en substance ces idées de tolérance, d'égalité et de liberté qui sont à la base de l'Etat laïque moderne, et de l'Etat italien en particulier.

11.2. Regarder au-delà des apparences permet de discerner un fil qui relie entre eux la révolution chrétienne d'il y a deux mille ans, l'affirmation en Europe de l'habeas corpus, les éléments charnière du mouvement des Lumières (qui pourtant, historiquement, s'est vivement opposé à la religion), c'est-à-dire la liberté et la dignité de tout homme, la déclaration des droits de l'homme, et enfin l'Etat laïque moderne. Tous les phénomènes historiques mentionnés reposent de manière significative – quoique certainement non exclusive – sur la conception chrétienne du monde. Il a été observé avec finesse que la devise bien connue de « liberté, égalité, fraternité » peut aisément être partagée par un chrétien, fût-ce avec une claire accentuation du troisième terme.

En conclusion, il ne semble pas hasardeux d'affirmer que, à travers les parcours tortueux et accidentés de l'histoire européenne, la laïcité de l'Etat moderne a été

duement conquise, et ce aussi – bien sûr pas uniquement – avec la référence plus ou moins consciente aux valeurs fondatrices du christianisme. Cela explique qu'en Europe et en Italie de nombreux juristes de foi chrétienne aient figuré parmi les plus ardents défenseurs de l'Etat laïque. (...)

11.5. Le lien entre christianisme et liberté implique une cohérence historique logique non immédiatement perceptible – à l'image d'un fleuve karstique qui n'aurait été exploré qu'à une époque récente, précisément parce qu'en grande partie souterrain –, et ce aussi parce que dans le parcours tourmenté des rapports entre les Etats et les Eglises d'Europe on voit bien plus facilement les nombreuses tentatives de ces dernières pour interférer dans les questions d'Etat, et vice-versa, tout comme ont été assez fréquents l'abandon des idéaux chrétiens pourtant proclamés, pour des raisons de pouvoir, et les oppositions quelquefois violentes entre gouvernements et autorités religieuses.

11.6. Par ailleurs, si l'on adopte une optique prospective, dans le noyau central et constant de la foi chrétienne, malgré l'inquisition, l'antisémitisme et les croisades, on peut aisément identifier les principes de dignité humaine, de tolérance, de liberté y compris religieuse, et donc, en dernière analyse, le fondement de l'Etat laïque.

11.7. En regardant bien l'histoire, donc en prenant de la hauteur et non en restant au fond de la vallée, on discerne une perceptible affinité (mais non une identité) entre le « noyau dur » du christianisme qui, faisant primer la charité par rapport à tout autre aspect, y compris la foi, met l'accent sur l'acceptation de la différence, et le « noyau dur » de la Constitution républicaine, qui consiste en la valorisation solidaire de la liberté de chacun et donc en la garantie juridique du respect d'autrui. L'harmonie demeure même si, autour de ces noyaux – tous deux centrés sur la dignité humaine –, se sont avec le temps incrustés de nombreux éléments, quelques-uns si épais qu'ils dissimulent les noyaux, en particulier celui du christianisme. (...)

11.9. On peut donc soutenir que, dans la réalité sociale actuelle, le crucifix est à considérer non seulement comme un symbole d'une évolution historique et culturelle, et donc de l'identité de notre peuple, mais aussi en tant que symbole d'un système de valeurs – liberté, égalité, dignité humaine et tolérance religieuse, et donc également laïcité de l'Etat –, principes qui innervent notre charte constitutionnelle.

En d'autres termes, les principes constitutionnels de liberté possèdent de nombreuses racines, parmi lesquelles figure indéniablement le christianisme, dans son essence même. Il serait donc légèrement paradoxal d'exclure un signe chrétien d'une structure publique au nom de la laïcité, dont l'une des sources lointaines est précisément la religion chrétienne.

12.1. Ce tribunal n'ignore certes pas que l'on a par le passé attribué au symbole du crucifix d'autres valeurs comme, à l'époque du Statut Albertin, celle du signe du catholicisme entendu comme religion de l'Etat, utilisé donc pour christianiser un pouvoir et consolider une autorité.

Ce tribunal sait bien, par ailleurs, qu'aujourd'hui encore on peut donner différentes interprétations au symbole de la croix, et avant tout une interprétation strictement religieuse renvoyant au christianisme en général et au catholicisme en particulier. Il est également conscient que certains élèves fréquentant l'école publique pourraient librement et légitimement attribuer à la croix des valeurs encore différentes, comme le signe d'une inacceptable préférence pour une religion par rapport à d'autres, ou d'une atteinte à la liberté individuelle et donc à la laïcité de l'Etat, à la



limite d'une référence au césaropapisme ou à l'inquisition, voire d'un bon gratuit de catéchisme tacitement distribué même aux non-croyants en un lieu qui ne s'y prête pas, ou enfin d'une propagande subliminale en faveur des confessions chrétiennes. Si ces points de vue sont tous respectables, ils sont au fond dénués de pertinence en l'espèce. (...)

12.6. Il faut souligner que le symbole du crucifix ainsi entendu revêt aujourd'hui, par ses références aux valeurs de tolérance, une portée particulière dans la considération que l'école publique italienne est actuellement fréquentée par de nombreux élèves extracommunautaires, auxquels il est relativement important de transmettre les principes d'ouverture à la diversité et de refus de tout intégrisme – religieux ou laïque – qui imprègnent notre système. Notre époque est marquée par une rencontre bouillonnante avec d'autres cultures, et pour éviter que cette rencontre ne se transforme en heurt, il est indispensable de réaffirmer même symboliquement notre identité, d'autant plus que celle-ci se caractérise précisément par les valeurs de respect de la dignité de tout être humain et d'universalisme solidaire. (...)

13.2. En fait, les symboles religieux en général impliquent un mécanisme logique d'exclusion ; en effet, le point de départ de toute foi religieuse est précisément la croyance en une entité supérieure, raison pour laquelle les adhérents, ou les fidèles, se trouvent par définition et conviction dans le vrai. En conséquence et de manière inévitable, l'attitude de celui qui croit face à celui qui ne croit pas, et qui donc s'oppose implicitement à l'être suprême, est une attitude d'exclusion. (...)

13.3. Le mécanisme logique d'exclusion de l'infidèle est inhérent à toute conviction religieuse, même si les intéressés n'en sont pas conscients, la seule exception étant le christianisme – là où il est bien compris, ce qui bien sûr n'a pas toujours été et n'est pas toujours le cas, pas même grâce à celui qui se proclame chrétien –, pour lequel la foi même en l'omniscient est secondaire par rapport à la charité, c'est-à-dire au respect du prochain. Il s'ensuit que le rejet d'un non-croyant par un chrétien implique la négation radicale du christianisme lui-même, une abjuration substantielle ; mais cela ne vaut pas pour les autres fois religieuses, pour lesquelles pareille attitude reviendra, au pire, à violer un important précepte.

13.4. La croix, symbole du christianisme, ne peut donc exclure quiconque sans se nier elle-même ; elle constitue même en un certain sens le signe universel de l'acceptation et du respect de tout être humain en tant que tel, indépendamment de toute croyance, religieuse ou non, pouvant être la sienne.

14.1. Il n'est guère besoin d'ajouter que la croix en classe, correctement comprise, fait abstraction des libres convictions de chacun, n'exclut personne et bien sûr n'impose et ne prescrit rien à quiconque, mais implique simplement, au cœur des finalités de l'éducation et de l'enseignement de l'école publique, une réflexion – nécessairement guidée par les enseignants – sur l'histoire italienne et sur les valeurs communes de notre société juridiquement retranscrites dans la Constitution, parmi lesquelles, en premier lieu, la laïcité de l'Etat. (...) »

**16.** Saisi par la requérante, le Conseil d'Etat confirma que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques trouvait son fondement légal dans l'article 118 du décret royal du 30 avril 1924 et l'article 119 du décret royal du 26 avril 1928 et, eu égard à la signification qu'il fallait lui donner, était compatible avec le principe de laïcité. Sur ce point, il jugea en particulier qu'en Italie, le crucifix symbolisait l'origine religieuse des valeurs (la tolérance, le respect mutuel, la valorisation de la

personne, l'affirmation de ses droits, la considération pour sa liberté, l'autonomie de la conscience morale face à l'autorité, la solidarité humaine, le refus de toute discrimination) qui caractérisent la civilisation italienne. En ce sens, exposé dans les salles de classes, le crucifix pouvait remplir – même dans une perspective « laïque » distincte de la perspective religieuse qui lui est propre – une fonction symbolique hautement éducative, indépendamment de la religion professée par les élèves. Selon le Conseil d'Etat, il faut y voir un symbole capable de refléter les sources remarquables des valeurs civiles susmentionnées, valeurs qui définissent la laïcité dans l'ordre juridique actuel de l'Etat.

Daté du 13 avril 2006, l'arrêt (no 556) est ainsi motivé :

« (...) la Cour constitutionnelle a plusieurs fois reconnu dans la laïcité un principe suprême de notre ordre constitutionnel, capable de résoudre certaines questions de légitimité constitutionnelle (parmi de nombreux arrêts, voir ceux qui portent sur les normes relatives au caractère obligatoire de l'enseignement religieux à l'école ou à la compétence juridictionnelle quant aux affaires concernant la validité du lien matrimonial contracté selon le droit canonique et consigné dans les registres de l'état civil).

Il s'agit d'un principe qui n'est pas proclamé en termes exprès dans notre charte fondamentale, d'un principe qui, empli de résonances idéologiques et d'une histoire controversée, revêt néanmoins une importance juridique qui peut se déduire des normes fondamentales de notre système. En réalité, la Cour tire ce principe spécifiquement des articles 2, 3, 7, 8, 19 et 20 de la Constitution.

Ce principe utilise un symbole linguistique (« laïcité ») qui indique de manière abrégée certains aspects significatifs des dispositions susmentionnées, dont les contenus établissent les conditions d'usage selon lesquelles ce symbole doit s'entendre et fonctionner. Si ces conditions spécifiques d'usage n'étaient pas établies, le principe de « laïcité » demeurerait confiné aux conflits idéologiques et pourrait difficilement être utilisé dans le cadre juridique.

De ce cadre, les conditions d'usage sont bien sûr déterminées par référence aux traditions culturelles et aux coutumes de chaque peuple, pour autant que ces traditions et coutumes se reflètent dans l'ordre juridique. Or celui-ci diffère d'une nation à l'autre. (...)

Dans le cadre de cette instance juridictionnelle et du problème dont elle est saisie, à savoir la légitimité de l'exposition du crucifix dans les salles de classe, prévue par les autorités compétentes en application de normes réglementaires, il s'agit concrètement et plus simplement de vérifier si cette prescription porte ou non atteinte au contenu des normes fondamentales de notre ordre constitutionnel, qui donnent une forme et une substance au principe de « laïcité » qui caractérise aujourd'hui l'Etat italien et auquel le juge suprême des lois s'est plusieurs fois référé.

De toute évidence, le crucifix est en lui-même un symbole qui peut revêtir diverses significations et servir à des fins diverses, avant tout pour le lieu où il a été placé. Dans un lieu de culte, le crucifix est justement et exclusivement un « symbole religieux », puisqu'il vise à susciter une adhésion respectueuse envers le fondateur de la religion chrétienne.

Dans un cadre non religieux comme l'école, laquelle est destinée à l'éducation des jeunes, le crucifix peut encore revêtir pour les croyants les valeurs religieuses

susmentionnées, mais, pour les croyants comme pour les non-croyants, son exposition se trouve justifiée et possède une signification non discriminatoire du point de vue religieux s'il est capable de représenter et d'évoquer de manière synthétique et immédiatement perceptible et prévisible (comme tout symbole) des valeurs civilement importantes, en particulier les valeurs qui sous-tendent et inspirent notre ordre constitutionnel, fondement de notre vie civile. En ce sens, le crucifix peut remplir – même dans une perspective « laïque » distincte de la perspective religieuse qui lui est propre – une fonction symbolique hautement éducative, indépendamment de la religion professée par les élèves.

Or il est évident qu'en Italie le crucifix est capable d'exprimer, du point de vue symbolique justement mais de manière adéquate, l'origine religieuse des valeurs que sont la tolérance, le respect mutuel, la valorisation de la personne, l'affirmation de ses droits, la considération pour sa liberté, l'autonomie de la conscience morale face à l'autorité, la solidarité humaine, le refus de toute discrimination, qui caractérisent la civilisation italienne.

Ces valeurs, qui ont imprégné des traditions, un mode de vie, la culture du peuple italien, sont à la base et ressortent des normes fondamentales de notre charte fondamentale – contenues dans les « Principes fondamentaux » et la première partie – et singulièrement de celles qui ont été rappelées par la Cour constitutionnelle et qui délimitent la laïcité propre à l'Etat italien.

La référence, au travers du crucifix, à l'origine religieuse de ces valeurs et à leur pleine et entière correspondance avec les enseignements chrétiens met donc en évidence les sources transcendantes desdites valeurs, ce sans remettre en cause, voire en confirmant, l'autonomie (mais non l'opposition, implicite dans une interprétation idéologique de la laïcité qui ne trouve aucun pendant dans notre charte fondamentale) de l'ordre temporel face à l'ordre spirituel, et sans rien enlever à leur « laïcité » particulière, adaptée au contexte culturel propre à l'ordre fondamental de l'Etat italien et manifesté par lui. Ces valeurs sont donc vécues dans la société civile de manière autonome (de fait non contradictoire) à l'égard de la société religieuse, de sorte qu'elles peuvent être consacrées « laïquement » par tous, indépendamment de l'adhésion à la confession qui les a inspirées et défendues.

Comme à tout symbole, on peut imposer ou attribuer au crucifix des significations diverses et contrastées ; on peut même en nier la valeur symbolique pour en faire un simple bibelot qui aura tout au plus une valeur artistique. On ne saurait toutefois concevoir un crucifix exposé dans une salle de classe comme un bibelot, un objet de décoration, ni davantage comme un objet du culte. Il faut plutôt le concevoir comme un symbole capable de refléter les sources remarquables des valeurs civiles rappelées ci-dessus, des valeurs qui définissent la laïcité dans l'ordre juridique actuel de l'Etat. (...) »

## II. L'EVOLUTION DU DROIT ET DE LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

**17.** L'obligation d'accrocher un crucifix dans les salles de classe des écoles primaires était prévue par l'article 140 du décret royal no 4336 du 15 septembre 1860 du royaume de Piémont-Sardaigne, pris en application de la loi no 3725 du 13 novembre 1859 aux termes de laquelle « chaque école devra[it] sans faute être pourvue (...) d'un crucifix » (article 140).

En 1861, année de naissance de l'Etat italien, le Statut du Royaume de Piémont-Sardaigne de 1848 devint la Charte constitutionnelle du royaume

d'Italie ; il énonçait notamment que « la religion catholique apostolique et romaine [était] la seule religion de l'Etat [et que] les autres cultes existants [étaient] tolérés en conformité avec la loi ».

**18.** La prise de Rome par l'armée italienne, le 20 septembre 1870, à la suite de laquelle Rome fut annexée et proclamée capitale du nouveau Royaume d'Italie, provoqua une crise des relations entre l'Etat et l'Eglise catholique. Par la loi no 214 du 13 mai 1871, l'Etat italien réglementa unilatéralement les relations avec l'Eglise et accorda au pape un certain nombre de privilèges pour le déroulement régulier de l'activité religieuse. Selon les requérants, l'exposition de crucifix dans les établissements scolaires tomba petit à petit en désuétude.

**19.** Lors de la période fasciste, l'Etat prit une série de mesures visant à faire respecter l'obligation d'exposer le crucifix dans les salles de classe.

Ainsi, notamment, le ministère de l'Instruction publique prit, le 22 novembre 1922, une circulaire (no 68) ainsi libellée : « (...) ces dernières années, dans beaucoup d'écoles primaires du Royaume l'image du Christ et le portrait du Roi ont été enlevés. Cela constitue une violation manifeste et non tolérable d'une disposition réglementaire et surtout une atteinte à la religion dominante de l'Etat ainsi qu'à l'unité de la Nation. Nous intimons alors à toutes les administrations municipales du Royaume l'ordre de rétablir dans les écoles qui en sont dépourvues les deux symboles sacrés de la foi et du sentiment national. »

Le 30 avril 1924 fut adopté le décret royal no 965 du 30 avril 1924 portant règlement intérieur des établissements d'instruction moyenne (ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media), dont l'article 118 est ainsi libellé :

« Chaque établissement scolaire doit avoir le drapeau national, chaque salle de classe l'image du crucifix et le portrait du roi. »

Quant au décret royal no 1297 du 26 avril 1928, portant approbation du règlement général des services d'enseignement primaire (approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), il précise en son article 119 que le crucifix figure parmi les « équipements et matériels nécessaires aux salles de classe des écoles ».

**20.** Les Pactes du Latran, signés le 11 février 1929, marquèrent la « Conciliation » de l'Etat italien et de l'Eglise catholique. Le catholicisme fut confirmé comme la religion officielle de l'Etat italien, l'article 1er du traité étant ainsi libellé :

« L'Italie reconnaît et réaffirme le principe consacré par l'article 1er du Statut Albertin du Royaume du 4 mars 1848, selon lequel la religion catholique, apostolique et romaine est la seule religion de l'Etat. »

**21.** En 1948, l'Etat italien adopta sa Constitution républicaine, dont l'article 7 établit que « l'Etat et l'Eglise catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains[, que] leurs rapports sont réglementés par les pactes du Latran[, et que] les modifications des pactes, acceptées par les deux parties, n'exigent pas de procédure de révision constitutionnelle ». Par ailleurs, l'article 8 énonce que « toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi[, que] les confessions religieuses autres que la confession catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, en tant qu'ils ne s'opposent pas à l'ordre juridique italien[, et que] leurs rapports avec l'Etat sont fixés par la loi sur la base d'ententes avec leurs représentants respectifs ».

**22.** Le protocole additionnel au nouveau concordat, du 18 février 1984, ratifié par la loi no 121 du 25 mars 1985, énonce que le principe posé par les pactes du Latran selon lequel la religion catholique est la seule religion de l'Etat n'est plus en vigueur.

**23.** Dans un arrêt du 12 avril 1989 (no 203), rendu dans le contexte de l'examen de la question du caractère non obligatoire de l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques, la Cour constitutionnelle a conclu que le principe de laïcité a valeur constitutionnelle, précisant qu'il implique non que l'Etat soit indifférent face aux religions mais qu'il garantisse la sauvegarde de la liberté de religion dans le pluralisme confessionnel et culturel.

Saisie en la présente espèce de la question de la conformité à ce principe de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente eu égard à la nature réglementaire des textes prescrivant cette présence (ordonnance du 15 décembre 2004, no 389 ; paragraphe 14 ci-dessus). Conduit à examiner cette question, le Conseil d'Etat a jugé que, vu la signification qu'il y avait lieu de lui donner, la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques était compatible avec le principe de laïcité (arrêt du 13 février 2006, no 556 ; paragraphe 16 ci-dessus).

Dans une affaire distincte, la Cour de cassation avait conclu à l'inverse du Conseil d'Etat dans le contexte d'une procédure pénale dirigée contre une personne poursuivie pour avoir refusé d'assumer la charge de scrutateur dans un bureau de vote au motif qu'un crucifix s'y trouvait. Dans son arrêt du 1er mars 2000 (no 439), elle a en effet jugé que cette présence portait atteinte aux principes de laïcité et d'impartialité de l'Etat ainsi qu'au principe de liberté de conscience de ceux qui ne se reconnaissent pas dans ce symbole. Elle a rejeté expressément la thèse selon laquelle l'exposition du crucifix trouverait sa justification dans ce qu'il serait le symbole d'une « civilisation entière ou de la conscience éthique collective » et – la Cour de cassation citait là les termes utilisés par le Conseil d'Etat dans un avis du

27 avril 1988 (no 63) – symboliserait ainsi une « valeur universelle, indépendante d'une confession religieuse spécifique ».

**24.** Le 3 octobre 2002, le ministre de l'Instruction, de l'Université et de la Recherche a adopté la directive (no 2666) suivante :

« (...) Le ministre

(...) Considérant que la présence de crucifix dans les salles de classe trouve son fondement dans les normes en vigueur, qu'elle ne viole ni le pluralisme religieux ni les objectifs de formation pluriculturelle de l'École italienne et qu'elle ne saurait être considérée comme une limitation de la liberté de conscience garantie par la Constitution puisqu'elle n'évoque pas une confession spécifique mais constitue uniquement une expression de la civilisation et de la culture chrétienne et qu'elle fait donc partie du patrimoine universel de l'humanité ;

Ayant évalué l'opportunité, dans le respect des différentes appartenances, convictions et croyances, que tout établissement scolaire, dans le cadre de sa propre autonomie et sur décision de ses organes collégiaux compétents, rende disponible un local spécial réservé, hors de toute obligation et horaires de service, au recueillement et à la méditation des membres de la communauté scolaire qui le désirent ;

Prend la directive suivante :

Le service compétent du ministère (...) prendra les dispositions nécessaires pour que :

1) les responsables scolaires assurent la présence de crucifix dans les salles de classe ;

2) Tous les établissements scolaires, dans le cadre de leur propre autonomie et sur décision des membres de leurs organes collégiaux, mettent à disposition un local spécial à réserver, hors de toute obligation et horaires de service, au recueillement et à la méditation des membres de la communauté scolaire qui le désirent (...) »

**25.** Les articles 19, 33 et 34 de la Constitution sont ainsi libellés :

Article 19

« Tout individu a le droit de professer librement sa foi religieuse sous quelque forme que ce soit, individuelle ou collective, d'en faire propagande et d'en exercer le culte en privé ou en public, à condition qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs. »

Article 33

« L'art et la science sont libres ainsi que leur enseignement.

La République fixe les règles générales concernant l'instruction et crée des écoles publiques pour tous les ordres et tous les degrés. (...) »

Article 34

« L'enseignement est ouvert à tous.

L'instruction de base, dispensée durant au moins huit ans, est obligatoire et gratuite. (...) »

### III. APERÇU DU DROIT ET DE LA PRATIQUE AU SEIN DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE S'AGISSANT DE LA PRESENCE DE SYMBOLES RELIGIEUX DANS LES ECOLES PUBLIQUES

**26.** Dans une très nette majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique.

**27.** La présence de symboles religieux dans les écoles publiques n'est expressément interdite que dans un petit nombre d'Etats membres : en ex-République yougoslave de Macédoine, en France (sauf en Alsace et en Moselle) et en Géorgie.

Elle n'est expressément prévue – outre en Italie – que dans quelques Etats membres : en Autriche, dans certains Länder d'Allemagne et communes suisses, et en Pologne. Il y a lieu néanmoins de relever que l'on trouve de tels symboles dans les écoles publiques de certains des Etats membres où la question n'est pas spécifiquement réglementée tels que l'Espagne, la Grèce, l'Irlande, Malte, Saint-Marin et la Roumanie.

**28.** Les hautes juridictions d'un certain nombre d'Etats membres ont été amenées à examiner la question.

En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé une ordonnance communale prévoyant la présence d'un crucifix dans les salles de classes des écoles primaires incompatible avec les exigences de la neutralité confessionnelle consacrée par la Constitution fédérale, sans toutefois condamner cette présence en d'autres lieux dans les établissements scolaires (26 septembre 1990 ; ATF 116 Ia 252).

En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé une ordonnance bavaroise similaire contraire au principe de neutralité de l'Etat et difficilement compatible avec la liberté de religion des enfants ne se reconnaissant pas dans la religion catholique (16 mai 1995 ; BVerfGE 93,1). Le Parlement bavarois a pris ensuite une nouvelle ordonnance maintenant cette mesure mais prévoyant la possibilité pour les parents d'invoquer leurs convictions religieuses ou laïques pour contester la présence de crucifix dans les salles de classes fréquentées par leurs enfants, et mettant en place un mécanisme destiné le cas échéant à trouver un compromis ou une solution individualisée.

En Pologne, saisie par l'Ombudsman de l'ordonnance du ministre de l'Éducation du 14 avril 1992 prévoyant notamment la possibilité d'exposer des crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, la Cour constitutionnelle a conclu que cette mesure était compatible avec la liberté

de conscience et de religion et le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat garantis par l'article 82 de la Constitution dès lors qu'elle ne faisait pas une obligation de cette exposition (20 avril 1993 ; no U 12/32).

En Roumanie, la Cour suprême a annulé une décision du Conseil national pour la lutte contre la discrimination du 21 novembre 2006 qui recommandait au ministère de l'Education de réglementer la question de la présence de symboles religieux dans les établissements publics d'enseignement et, en particulier, de n'autoriser l'exposition de tels symboles que durant les cours de religion ou dans les salles destinées à l'enseignement religieux. La haute juridiction a notamment considéré que la décision d'afficher de tels symboles dans les établissements d'enseignement devait appartenir à la communauté formée par les professeurs, les élèves et les parents de ces derniers (11 juin 2008 ; no 2393).

En Espagne, statuant dans le cadre d'une procédure initiée par une association militant pour une école laïque qui avait vainement requis le retrait des symboles religieux des établissements scolaires, le tribunal supérieur de justice de Castille-et-León a jugé que lesdits établissements devaient procéder à ce retrait en cas de demande explicite des parents d'un élève (14 décembre 2009 ; no 3250).

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE No 1 ET DE L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

**29.** Les requérants se plaignent du fait que des crucifix étaient accrochés dans les salles de classe de l'école publique où étaient scolarisés les deuxième et troisième requérants. Ils y voient une violation du droit à l'instruction, que l'article 2 du Protocole no 1 garantit en ces termes :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

Ils déduisent également de ces faits une méconnaissance de leur droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion consacré par l'article 9 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures



nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

#### A. L'arrêt de la chambre

**30.** Dans son arrêt du 3 novembre 2009, la chambre conclut à une violation de l'article 2 du Protocole no 1 examiné conjointement avec l'article 9 de la Convention.

**31.** Tout d'abord, la chambre déduit des principes relatifs à l'interprétation de l'article 2 du Protocole no 1 qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, une obligation pour l'Etat de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables, soulignant que la scolarisation des enfants représente un secteur particulièrement sensible à cet égard.

Ensuite, elle retient que, parmi la pluralité de significations que le crucifix peut avoir, la signification religieuse est prédominante. Elle considère en conséquence que la présence obligatoire et ostentatoire du crucifix dans les salles de classes était de nature non seulement à heurter les convictions laïques de la requérante dont les enfants étaient alors scolarisés dans une école publique, mais aussi à perturber émotionnellement les élèves professant une autre religion que la religion chrétienne ou ne professant aucune religion. Sur ce tout dernier point, la chambre souligne que la liberté de religion « négative » n'est pas limitée à l'absence de services religieux ou d'enseignement religieux : elle s'étend aux pratiques et aux symboles exprimant, en particulier ou en général, une croyance, une religion ou l'athéisme. Elle ajoute que ce « droit négatif » mérite une protection particulière si c'est l'Etat qui exprime une croyance et si la personne est placée dans une situation dont elle ne peut se dégager ou seulement au prix d'efforts et d'un sacrifice disproportionnés.

Selon la chambre, l'Etat est tenu à la neutralité confessionnelle dans le cadre de l'éducation publique, où la présence aux cours est requise sans considération de religion et qui doit chercher à inculquer aux élèves une pensée critique. Elle ajoute ne pas voir comment l'exposition, dans des salles de classe des écoles publiques, d'un symbole qu'il est raisonnable d'associer à la religion majoritaire en Italie, pourrait servir le pluralisme éducatif qui est essentiel à la préservation d'une « société démocratique » telle que la conçoit la Convention.

**32.** La chambre conclut que « l'exposition obligatoire d'un symbole d'une confession donnée dans l'exercice de la fonction publique relativement à des situations spécifiques relevant du contrôle gouvernemental, en particulier dans les salles de classe, restreint le droit des parents

d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions ainsi que le droit des enfants scolarisés de croire ou de ne pas croire ». D'après elle, cette mesure emporte violation de ces droits car « les restrictions sont incompatibles avec le devoir incombant à l'Etat de respecter la neutralité dans l'exercice de la fonction publique, en particulier dans le domaine de l'éducation » (§ 57 de l'arrêt).

## B. Les thèses des parties

### 1. Le Gouvernement

**33.** Le Gouvernement ne soulève aucune exception d'irrecevabilité.

**34.** Il regrette que la chambre n'ait pas disposé d'une étude de droit comparé portant sur les relations entre l'Etat et les religions et sur la question de l'exposition de symboles religieux dans les écoles publiques. Selon lui, elle s'est de la sorte privée d'un élément essentiel, dès lors qu'une telle étude aurait démontré qu'il n'y a pas d'approche commune en Europe en ces domaines, et aurait conduit en conséquence au constat que les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation particulièrement importante ; ainsi, l'arrêt de chambre omet de prendre cette marge d'appréciation en considération, éludant de la sorte un aspect fondamental de la problématique.

**35.** Il reproche aussi à l'arrêt de la chambre de déduire du concept de « neutralité » confessionnelle un principe d'exclusion de toute relation entre l'Etat et une religion donnée, alors que la neutralité suppose une prise en compte de toutes les religions par l'autorité publique. L'arrêt reposerait ainsi sur une confusion entre « neutralité » (un « concept inclusif ») et « laïcité » (un « concept exclusif »). De plus, selon le Gouvernement, la neutralité implique que les Etats s'abstiennent de promouvoir non seulement une religion donnée mais aussi l'athéisme, le « laïcisme » étatique n'étant pas moins problématique que le prosélytisme étatique. L'arrêt de la chambre reposerait ainsi sur un malentendu, et aboutirait à favoriser une approche areligieuse ou antireligieuse dont la requérante, membre de l'union des athées et agnostiques rationalistes, serait militante.

**36.** Le Gouvernement poursuit en soulignant qu'il faut tenir compte du fait qu'un même symbole peut être interprété différemment d'une personne à l'autre. Il en irait ainsi en particulier de la « croix », qui pourrait être perçue non seulement comme un symbole religieux, mais aussi comme un symbole culturel et identitaire, celui des principes et valeurs qui fondent la démocratie et la civilisation occidentale ; ainsi figure-t-elle sur les drapeaux de plusieurs pays européens. Le Gouvernement ajoute que, quelle que soit sa force évocatrice, une « image » est un symbole « passif », dont l'impact sur les individus n'est pas comparable à celui d'un « comportement actif » ; or nul ne prétend en

l'espèce que le contenu de l'enseignement dispensé en Italie est influencé par la présence de crucifix dans les salles de classes.

Il précise que cette présence est l'expression d'une « particularité nationale », caractérisée notamment par des rapports étroits entre l'Etat, le peuple et le catholicisme, qui s'expliquent par l'évolution historique, culturelle et territoriale de l'Italie ainsi que par un enracinement profond et ancien des valeurs du catholicisme. Maintenir les crucifix en ces lieux revient donc à préserver une tradition séculaire. Selon lui, le droit des parents au respect de leur « culture familiale » ne doit porter atteinte ni à celui de la communauté de transmettre sa culture ni à celui des enfants de la découvrir. De plus, en se contentant d'un « risque potentiel » de perturbation émotionnelle pour conclure à une violation des droits à l'instruction et à la liberté de pensée, de conscience et religion, la chambre aurait considérablement élargi le champ d'application de ceux-ci.

**37.** Renvoyant notamment à l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994 (série A no 295-A), le Gouvernement souligne que, s'il y a lieu de prendre en compte le fait que la religion catholique est celle d'une très grande majorité d'Italiens, ce n'est pas pour en tirer une circonstance aggravante comme l'a fait la chambre. La Cour se devrait au contraire de reconnaître et protéger les traditions nationales ainsi que le sentiment populaire dominant, et de laisser à chaque Etat le soin d'équilibrer les intérêts qui s'opposent. Il résulterait d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour que des programmes scolaires ou des dispositions qui consacrent une prépondérance de la religion majoritaire ne caractérisent pas en eux-mêmes une influence induite de l'Etat ou une tentative d'endoctrinement, et que la Cour doit respecter les traditions et principes constitutionnels relatifs aux rapports entre l'Etat et les religions – dont en l'espèce l'approche particulière de la laïcité qui prévaut en Italie – et prendre en compte le contexte de chaque Etat.

**38.** Estimant par ailleurs que la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 ne vaut que pour les programmes scolaires, il critique l'arrêt de la chambre en ce qu'il conclut à une violation sans indiquer en quoi la seule présence d'un crucifix dans les salles de classe fréquentées par les enfants de la requérante était de nature à réduire substantiellement ses possibilités de les éduquer selon ses convictions, indiquant pour seul motif que les élèves se sentiraient éduqués dans un environnement scolaire marqué par une religion donnée. Il ajoute que ce motif est erroné à l'aune de la jurisprudence de la Cour, dont il ressort notamment, d'une part que la Convention ne fait obstacle ni à ce que les Etats membres aient une religion d'Etat, ni à ce qu'ils montrent une préférence pour une religion donnée, ni à ce qu'ils fournissent aux élèves un enseignement religieux plus poussé s'agissant de la religion dominante et, d'autre part, qu'il faut prendre en compte le fait que l'influence éducative des parents est autrement plus grande que celle de l'école.

**39.** D'après le Gouvernement, la présence du crucifix dans les salles de classe contribue légitimement à faire comprendre aux enfants la communauté nationale dans laquelle ils ont vocation à s'intégrer. Une « influence environnementale » serait d'autant plus improbable que les enfants bénéficient en Italie d'un enseignement permettant le développement d'un sens critique à l'égard de la question religieuse, dans une atmosphère sereine et préservée de toute forme de prosélytisme. De plus, ajoute-t-il, l'Italie opte pour une approche bienveillante à l'égard des religions minoritaires dans le milieu scolaire : le droit positif admet le port du voile islamique et d'autres tenues ou symboles à connotation religieuse ; le début et la fin du ramadan sont souvent fêtés dans les écoles ; l'enseignement religieux est admis pour toutes les confessions reconnues ; les besoins des élèves appartenant à des confessions minoritaires sont pris en compte, les enfants juifs ayant par exemple le droit de ne pas passer d'examens le samedi.

**40.** Enfin, le Gouvernement met l'accent sur la nécessité de prendre en compte le droit des parents qui souhaitent que les crucifix soient maintenus dans les salles de classe. Telle serait la volonté de la majorité en Italie ; telle serait aussi celle démocratiquement exprimée en l'espèce par presque tous les membres du conseil d'école. Procéder au retrait des crucifix des salles de classe dans de telles circonstances caractériserait un « abus de position minoritaire ». Cela serait en outre en contradiction avec le devoir de l'Etat d'aider les individus à satisfaire leurs besoins religieux.

## 2. Les requérants

**41.** Les requérants soutiennent que l'exposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publique que les deuxième et troisième d'entre eux fréquentaient constitue une ingérence illégitime dans leur droit à la liberté de pensée et de conscience, et viole le principe de pluralisme éducatif dans la mesure où elle est l'expression d'une préférence de l'Etat pour une religion donnée dans un lieu où se forment les consciences. Ce faisant, l'Etat méconnaîtrait en outre son obligation de protéger tout particulièrement les mineurs contre toute forme de propagande ou d'endoctrinement. De plus, selon les requérants, l'environnement éducatif étant marqué de la sorte par un symbole de la religion dominante, l'exposition de crucifix dénoncée méconnaît le droit des deuxième et troisième requérants à recevoir une éducation ouverte et pluraliste visant au développement d'une capacité de jugement critique. Enfin, la requérante étant favorable à la laïcité, cela violerait son droit à ce que ses enfants soient éduqués conformément à ses propres convictions philosophiques.

**42.** Selon les requérants, le crucifix est sans l'ombre d'un doute un symbole religieux, et vouloir lui attribuer une valeur culturelle tient d'une tentative de défense ultime et inutile. Rien dans le système juridique italien ne permettrait d'avantage d'affirmer qu'il s'agit d'un symbole

d'identité nationale : d'après la Constitution, c'est le drapeau qui symbolise cette identité.

De plus, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son arrêt du 16 mai 1995 (paragraphe 28 ci-dessus), en donnant au crucifix une signification profane, on s'éloignerait de sa signification d'origine et on contribuerait à sa désacralisation. Quant à n'y voir qu'un simple « symbole passif », ce serait nier le fait que comme tous les symboles – et plus que tous les autres –, il matérialise une réalité cognitive, intuitive et émotionnelle qui dépasse ce qui est immédiatement perceptible. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en aurait d'ailleurs fait le constat, en retenant dans l'arrêt précité que la présence de crucifix dans les salles de classe a un caractère évocateur en ce qu'elle représente le contenu de la foi qu'elle symbolise et sert à lui faire de la « publicité ». Enfin, les requérants rappellent que, dans la décision Dahlab c. Suisse du 15 février 2001 (no 42393/98, CEDH 2001-V), la Cour a noté la force particulière que les symboles religieux prennent en milieu scolaire.

**43.** Les requérants soulignent que tout Etat démocratique se doit de garantir la liberté de conscience, le pluralisme, une égalité de traitement des croyances, et la laïcité des institutions. Ils précisent que le principe de laïcité implique avant tout la neutralité de l'Etat, lequel doit se distancier de la sphère religieuse et adopter une attitude identique à l'égard de toutes les orientations religieuses. Autrement dit, la neutralité oblige l'Etat à mettre en place un espace neutre, dans le cadre duquel chacun peut librement vivre ses convictions. En imposant les symboles religieux que sont les crucifix dans les salles de classe, l'Etat italien ferait le contraire.

**44.** L'approche que défendent les requérants se distinguerait donc clairement de l'athéisme d'Etat, qui revient à nier la liberté de religion en imposant autoritairement une vision laïque. Vue en termes d'impartialité et de neutralité de l'Etat, la laïcité est à l'inverse un instrument permettant d'affirmer la liberté de conscience religieuse et philosophique de tous.

**45.** Les requérants ajoutent qu'il est indispensable de protéger plus particulièrement les croyances et convictions minoritaires, afin de préserver leurs tenants d'un « despotisme de la majorité ». Cela aussi plaiderait en faveur du retrait des crucifix des salles de classes.

**46.** En conclusion, les requérants soulignent que si, comme le prétend le Gouvernement, retirer les crucifix des salles de classe des écoles publiques porterait atteinte à l'identité culturelle italienne, les y maintenir est incompatible avec les fondements de la pensée politique occidentale, les principes de l'Etat libéral et d'une démocratie pluraliste et ouverte, et le respect des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution italienne comme par la Convention.

## C. Les observations des tiers intervenants

1. Les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, et de la République de Saint-Marin

**47.** Dans les observations communes qu'ils ont présentées à l'audience, les gouvernements de l'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, et de la République de Saint-Marin ont indiqué que, selon eux, le raisonnement de la chambre repose sur une compréhension erronée du concept de « neutralité », qu'elle aurait confondu avec celui de « laïcité ». Ils ont souligné à cet égard que les rapports entre l'Etat et l'Eglise sont réglés de manière variable d'un pays européen à l'autre, et que plus de la moitié de la population européenne vit dans un pays non laïque. Ils ont ajouté qu'inévitablement, des symboles de l'Etat sont présents dans les lieux où l'éducation publique est dispensée, et que nombre de ces symboles ont une origine religieuse, la croix – qui serait autant un symbole national que religieux – n'en étant que l'exemple le plus visible. Selon eux, dans les Etats européens non laïques, la présence de symboles religieux dans l'espace public est largement tolérée par les adeptes de la laïcité, comme faisant partie de l'identité nationale ; il ne faudrait pas que des Etats aient à renoncer à un élément de leur identité culturelle simplement parce qu'il a une origine religieuse. Le raisonnement suivi par la chambre ne serait pas l'expression du pluralisme qui innerve le système de la Convention, mais celle des valeurs de l'Etat laïque ; l'appliquer à l'ensemble de l'Europe reviendrait à « américaniser » celle-ci dans la mesure où s'imposeraient à tous une seule et même règle et une rigide séparation de l'Eglise et de l'Etat.

D'après eux, opter pour la laïcité est un point de vue politique, respectable certes, mais pas neutre ; ainsi, dans la sphère de l'éducation, un Etat qui soutient le laïc par opposition au religieux n'est pas neutre. Pareillement, retirer des crucifix de salles de classes où ils ont toujours été ne serait pas sans conséquences éducatives. En réalité, que l'option retenue par les Etats soit d'admettre ou non la présence de crucifix dans les salles de classe, ce qui importerait serait la place que les programmes et l'enseignement scolaires font à la tolérance et au pluralisme.

Les gouvernements intervenants n'excluent pas qu'il puisse se trouver des situations où les choix d'un Etat dans ce domaine seraient inacceptables. Il appartiendrait toutefois aux individus d'en faire la démonstration, et la Cour ne devrait intervenir que dans les cas extrêmes.

2. Le gouvernement de la Principauté de Monaco

**48.** Le gouvernement intervenant déclare partager le point de vue du gouvernement défendeur selon lequel, placé dans les écoles, le crucifix est

un « symbole passif », que l'on trouve sur les armoiries ou drapeaux de nombreux Etats et qui en l'espèce témoigne d'une identité nationale enracinée dans l'histoire. De plus, indivisible, le principe de neutralité de l'Etat obligerait les autorités à s'abstenir d'imposer un symbole religieux là où il n'y en a jamais eu comme de le retirer là où il y en a toujours eu.

### 3. Le gouvernement de la Roumanie

**49.** Le gouvernement intervenant estime que la chambre n'a pas suffisamment tenu compte de la large marge d'appréciation dont les Etats contractants disposent lorsque des questions sensibles sont en jeu et qu'il n'y a pas de consensus à l'échelle européenne. Il rappelle que la jurisprudence de la Cour reconnaît en particulier auxdits Etats une importante marge d'appréciation dans le domaine du port de symboles religieux dans les établissements publics d'enseignement ; il considère qu'il doit en aller de même pour l'exposition de symboles religieux dans de tels lieux. Il souligne en outre que l'arrêt de la chambre repose sur le postulat que l'exposition de symboles religieux dans les écoles publiques enfreint les articles 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1, ce qui contredit le principe de neutralité dès lors que cela oblige, le cas échéant, les Etats contractants à intervenir pour retirer lesdits symboles. Selon lui, ce principe est mieux servi lorsque les décisions de ce type sont prises par la communauté formée par les professeurs, les élèves et les parents. En tout état de cause, dès lors qu'elle n'est pas associée à des obligations particulières relatives à la religion, la présence de crucifix dans les salles de classe ne toucherait pas suffisamment les sentiments religieux des uns ou des autres pour qu'il y ait violation des dispositions évoquées ci-dessus.

### 4. L'organisation non gouvernementale Greek Helsinki Monitor

**50.** Selon l'organisation intervenante, on ne peut voir dans le crucifix autre chose qu'un symbole religieux, de sorte que son exposition dans les salles de classe des écoles publiques peut être perçue comme un message institutionnel en faveur d'une religion donnée. Elle rappelle en particulier que la Cour a retenu dans l'affaire Folgerø que la participation des élèves à des activités religieuses peut avoir une influence sur eux, et considère qu'il en va de même lorsqu'ils suivent leur scolarité dans des salles où sont exposés des symboles religieux. Elle attire en outre l'attention de la Cour sur le fait que des enfants ou parents à qui cela pose problème pourraient renoncer à protester par peur de représailles.

### 5. L'organisation non gouvernementale Associazione nazionale del libero Pensiero

**51.** L'organisation intervenante, qui estime que la présence de symboles religieux dans les salles de classe des écoles publiques n'est pas compatible avec les articles 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1,

soutient que les restrictions imposées aux droits des requérants n'étaient pas « prévues par la loi » au sens de la jurisprudence de la Cour. Elle souligne à cet égard que l'exposition de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est prescrite non par la loi mais par des textes réglementaires adoptés durant la période fasciste. Elle ajoute que ces textes ont en tout état de cause été implicitement abrogés par la Constitution de 1947 et la loi de 1985 ratifiant les accords de modification des pactes du Latran de 1929. Elle précise que la chambre criminelle de la Cour de cassation en a ainsi jugé dans un arrêt du 1er mars 2000 (no 4273) relatif au cas similaire de l'exposition de crucifix dans les bureaux de vote, approche qu'elle a réitérée dans un arrêt du 17 février 2009 relatif à l'exposition de crucifix dans les salles d'audience des tribunaux (sans toutefois se prononcer au fond). Il y a donc une divergence de jurisprudence entre le Conseil d'Etat – qui, à l'inverse, juge les textes réglementaires dont il est question applicables – et la Cour de cassation, ce qui affecte le principe de la sécurité juridique, pilier de l'Etat de droit. Or, la Cour constitutionnelle s'étant jugée incompétente, il n'y a pas en Italie de mécanisme permettant de régler ce problème.

#### 6. L'organisation non gouvernementale European Centre for Law and Justice

**52.** L'organisation intervenante estime que la chambre a mal répondu à la question que pose l'affaire, qui est celle de savoir si les droits que tire la requérante de la Convention ont en l'espèce été violés du seul fait de la présence de crucifix dans les salles de classe. Selon elle, une réponse négative s'impose. D'une part parce que le « for externe » des enfants de la requérante n'a pas été forcé puisqu'ils n'ont été ni contraints d'agir contre leur conscience ni empêchés d'agir selon leur conscience. D'autre part, parce que leur « for interne » ainsi que le droit de la requérante d'assurer leur éducation conformément à ses convictions philosophiques n'ont pas été violés dès lors que les premiers n'ont été ni contraints de croire ni empêchés de ne pas croire ; ils n'ont pas été endoctrinés ni n'ont subi de prosélytisme intempestif. Elle considère que la chambre a commis une erreur en jugeant que la volonté d'un Etat d'apposer des crucifix dans les salles de classe est contraire à la Convention (alors que telle n'était pas la question qui lui était soumise) : ce faisant, la chambre a créé « une nouvelle obligation, relative non pas aux droits de la requérante, mais à la nature de « l'environnement éducatif » ». D'après l'organisation intervenante, c'est parce qu'elle a été incapable d'établir que les « fors interne ou externe » des enfants de la requérante ont été violés du fait de la présence de crucifix dans les salles de classe que la chambre a créé cette obligation nouvelle de sécularisation complète de l'environnement éducatif, outrepassant ainsi le champ de la requête et les limites de ses compétences.

#### 7. L'organisation non gouvernementale Eurojuris



**53.** L'organisation intervenante marque son accord avec les conclusions de la chambre. Après avoir rappelé le droit positif italien pertinent – et notamment souligné la valeur constitutionnelle du principe de laïcité –, elle renvoie à la jurisprudence de la Cour en ce qu'il en ressort en particulier que l'école ne doit pas être le théâtre du prosélytisme ou de la prédication ; elle se réfère également aux affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question du port du voile islamique en des lieux destinés à l'éducation. Elle souligne ensuite que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes est prescrite non par la loi, mais par des règlements hérités de la période fasciste qui reflètent une conception confessionnelle de l'Etat aujourd'hui incompatible avec le principe de laïcité consacré par le droit constitutionnel positif. Elle s'inscrit en faux contre le raisonnement suivi en l'espèce par le juge administratif italien, selon lequel la prescription de la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est néanmoins compatible avec ce principe dès lors qu'il symbolise des valeurs laïques. Selon elle, d'une part, il s'agit d'un symbole religieux, dans lequel ceux qui ne s'identifient pas au christianisme ne se reconnaissent pas. D'autre part, en prescrivant son exposition dans les salles de classe des écoles publiques, l'Etat confère une dimension particulière à une religion donnée, au détriment du pluralisme.

8. Les organisations non gouvernementales Commission internationale de juristes, Interights et Human Rights Watch

**54.** Les organisations intervenantes estiment que la prescription de l'exposition dans les salles de classe des écoles publiques de symboles religieux tels que le crucifix est incompatible avec le principe de neutralité et les droits que les article 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1 garantissent aux élèves et à leurs parents. Selon elles, d'une part, le pluralisme éducatif est un principe consacré, mis en exergue non seulement par la jurisprudence de la Cour mais aussi par la jurisprudence de plusieurs juridictions suprêmes et par divers textes internationaux. D'autre part, l'on doit déduire de la jurisprudence de la Cour un devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat à l'égard des croyances religieuses lorsqu'il fournit des services publics, dont l'éducation. Elles précisent que ce principe d'impartialité est reconnu non seulement par les Cours constitutionnelles italienne, espagnole et allemande mais aussi, notamment, par le Conseil d'Etat français et le Tribunal fédéral suisse. Elles ajoutent que, comme en ont jugé plusieurs hautes juridictions, la neutralité de l'Etat à l'égard des religions s'impose d'autant plus en milieu scolaire que, tenus d'assister aux cours, les enfants sont sans défense face à l'endoctrinement lorsque l'école en est le théâtre. Elles rappellent ensuite que la Cour a jugé que, si la Convention n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant un caractère religieux ou philosophique, ils doivent s'assurer que cela se fait d'une manière objective, critique et pluraliste, exempte d'endoctrinement ; elles soulignent que cela vaut pour toutes les

fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, y compris lorsqu'il s'agit de l'organisation de l'environnement scolaire.

9. Les organisations non gouvernementales Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France et Associazioni cristiane Lavoratori italiani

**55.** Les organisations intervenantes déclarent partager le point de vue de la chambre selon lequel, si le crucifix a plusieurs significations, il est avant tout le symbole central de la chrétienté. Elles ajoutent toutefois être en désaccord avec sa conclusion, et ne pas voir en quoi la présence de crucifix dans les salles de classe pourrait être « perturbant émotionnellement » pour les élèves ou affecter le développement de leur esprit critique. Selon elles, cette présence ne peut à elle seule être assimilée à un message religieux ou philosophique : il s'agit plutôt d'une manière passive de transmettre des valeurs morales de base. Il faudrait dès lors considérer que la question se rattache aux compétences des Etats en matière de définition des programmes scolaires ; or les parents doivent accepter que certains aspects de l'enseignement public puissent ne pas être complètement en phase avec leurs convictions. Elles ajoutent que l'on ne peut déduire de la seule décision d'un Etat d'exposer des crucifix dans les salles de classe des écoles publiques qu'il poursuit un but d'endoctrinement prohibé par l'article 2 du Protocole no 1. Elles soulignent qu'il faut faire en l'espèce la balance entre les droits et intérêts des croyants et non-croyants, entre les droits fondamentaux des individus et les intérêts légitimes de la société, et entre l'édiction de normes en matière de droits fondamentaux et la préservation de la diversité européenne. D'après elles, la Cour doit dans ce contexte reconnaître une large marge d'appréciation aux Etats dès lors que l'organisation des rapports entre l'Etat et la religion varie d'un pays à l'autre et que cette organisation – en particulier s'agissant de la place de la religion dans les écoles publiques – a ses racines dans l'histoire, la tradition et la culture de chacun.

10. Trente-trois membres du Parlement européen agissant collectivement

**56.** Les intervenants soulignent que la Cour n'est pas une Cour constitutionnelle et qu'elle doit respecter le principe de subsidiarité et reconnaître une marge d'appréciation particulièrement importante aux Etats contractants non seulement lorsqu'il s'agit de définir les relations entre l'Etat et la religion mais aussi lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans le domaine de l'instruction et de l'éducation. D'après eux, en prenant une décision dont l'effet serait d'obliger le retrait des symboles religieux des écoles publiques, la Grande Chambre enverrait un message idéologique radical. Ils ajoutent qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'un Etat qui, pour des raisons liées à son histoire ou à sa tradition, montre une

préférence pour une religion donnée, n'outrepasse pas cette marge. Ainsi, selon eux, l'exposition de crucifix dans des édifices publics ne se heurte pas à la Convention, et il ne faut pas voir dans la présence de symboles religieux dans l'espace public une forme d'endoctrinement mais l'expression d'une unité et d'une identité culturelles. Ils ajoutent que dans ce contexte spécifique, les symboles religieux ont une dimension laïque et ne doivent donc pas être supprimés.

#### D. L'appréciation de la Cour

**57.** En premier lieu, la Cour précise que la seule question dont elle se trouve saisie est celle de la compatibilité, eu égard aux circonstances de la cause, de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes avec les exigences des articles 2 du Protocole no 1 et 9 de la Convention.

Ainsi, en l'espèce, d'une part, elle n'est pas appelée à examiner la question de la présence de crucifix dans d'autres lieux que les écoles publiques. D'autre part, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la compatibilité de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques avec le principe de laïcité tel qu'il se trouve consacré en droit italien.

**58.** En second lieu, la Cour souligne que les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » requis pour qu'il s'agisse de « convictions » au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1 (arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, du 25 février 1982, série A no 48, § 36). Plus précisément, il faut voir là des « convictions philosophiques » au sens de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1, dès lors qu'elles méritent « respect » dans une société démocratique », ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction (*ibidem*).

#### 1. Le cas de la requérante

##### a) Principes généraux

**59.** La Cour rappelle qu'en matière d'éducation et d'enseignement, l'article 2 du Protocole no 1 est en principe *lex specialis* par rapport à l'article 9 de la Convention. Il en va du moins ainsi lorsque, comme en l'espèce, est en jeu l'obligation des Etats contractants – que pose la seconde phrase dudit article 2 – de respecter, dans le cadre de l'exercice des fonctions qu'ils assument dans ce domaine, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques (arrêt *Folgerø et autres c. Norvège* [GC] du 29 juin 2007, no 15472/02, CEDH 2007-VIII, § 84).

Il convient donc d'examiner le grief dont il est question principalement sous l'angle de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 (voir aussi Appel-Irrgang et autres c. Allemagne (déc.), no 45216/07, 6 octobre 2009, CEDH 2009-..).

**60.** Il faut néanmoins lire cette disposition à la lumière non seulement de la première phrase du même article, mais aussi, notamment, de l'article 9 de la Convention (voir, par exemple, l'arrêt Folgerø précité, § 84), qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, dont celle de ne pas adhérer à une religion, et qui met à la charge des Etats contractants un « devoir de neutralité et d'impartialité ».

A cet égard, il convient de rappeler que les Etats ont pour mission de garantir, en restant neutres et impartiaux, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. Leur rôle est de contribuer à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique, notamment entre groupes opposés (voir, par exemple, l'arrêt Leyla Şahin c. Turquie [GC] du 10 novembre 2005, no 44774/98, CEDH 2005-XI, § 107). Cela concerne les relations entre croyants et non-croyants comme les relations entre les adeptes des diverses religions, cultes et croyances.

**61.** Le mot « respecter », auquel renvoie l'article 2 du Protocole no 1, signifie plus que reconnaître ou prendre en considération ; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive (arrêt Campbell et Cosans précité, § 37).

Cela étant, les exigences de la notion de « respect », que l'on retrouve aussi dans l'article 8 de la Convention varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants. Elle implique ainsi que lesdits Etats jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention. Dans le contexte de l'article 2 du Protocole no 1, cette notion signifie en particulier que cette disposition ne saurait s'interpréter comme permettant aux parents d'exiger de l'Etat qu'il organise un enseignement donné (voir Bulski c. Pologne (déc.), nos 46254/99 et 31888/02).

**62.** Il convient également de rappeler la jurisprudence de la Cour relative à la place de la religion dans les programmes scolaires (voir essentiellement les arrêts Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, du 7 décembre 1976, série A no 23, §§ 50-53, Folgerø, précité, § 84, et Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, du 9 octobre 2007, no 1448/04, CEDH 2007-XI, §§ 51-52).

Selon cette jurisprudence, la définition et l'aménagement du programme des études relèvent de la compétence des Etats contractants. Il n'appartient pas, en principe, à la Cour de se prononcer sur ces questions,

dès lors que la solution à leur donner peut légitimement varier selon les pays et les époques.

En particulier, la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique ; elle n'autorise même pas les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire.

En revanche, dès lors qu'elle vise à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, elle implique que l'Etat, en s'acquittant de ses fonctions en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard notamment du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se situe pour les Etats la limite à ne pas dépasser (arrêts précités dans ce même paragraphe, §§ 53, 84h) et 52 respectivement).

b) Appréciation des faits de la cause à la lumière de ces principes

**63.** La Cour ne partage pas la thèse du Gouvernement selon laquelle l'obligation pesant sur les Etats contractants en vertu de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 porte uniquement sur le contenu des programmes scolaires, de sorte que la question de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques sort de son champ d'application.

Il est vrai que nombre d'affaires dans le contexte desquelles la Cour s'est penchée sur cette disposition concernaient le contenu ou la mise en œuvre de programmes scolaires. Il n'en reste pas moins que, comme la Cour l'a d'ailleurs déjà mis en exergue, l'obligation des Etats contractants de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents ne vaut pas seulement pour le contenu de l'instruction et la manière de la dispenser : elle s'impose à eux « dans l' exercice » de l'ensemble des « fonctions » – selon les termes de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 – qu'ils assument en matière d'éducation et d'enseignement (voir essentiellement les arrêts Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, précité, § 50, Valsamis c. Grèce, du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, § 27, et Hasan et Eylem Zengin, précité, § 49, et Folgerø, précité, § 84). Cela inclut sans nul doute l'aménagement de l'environnement scolaire lorsque le droit interne prévoit que cette fonction incombe aux autorités publiques.

Or c'est dans un tel cadre que s'inscrit la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes (voir les articles 118 du décret royal no 965 du 30 avril 1924, 119 du décret royal no 1297 du 26 avril 1928, et 159 et 190 du décret-loi no 297 du 16 avril 1994 ; paragraphes 14 et 19 ci-dessus).

**64.** D'un point de vue général, la Cour estime que lorsque l'aménagement de l'environnement scolaire relève de la compétence d'autorités publiques, il faut voir là une fonction assumée par l'Etat dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, au sens de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1.

**65.** Il en résulte que la décision relative à la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève des fonctions assumées par l'Etat défendeur dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement et tombe de ce fait sous l'empire de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1. On se trouve dès lors dans un domaine où entre en jeu l'obligation de l'Etat de respecter le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

**66.** Ensuite, la Cour considère que le crucifix est avant tout un symbole religieux. Les juridictions internes l'ont pareillement relevé et, du reste, le Gouvernement ne le conteste pas. Que la symbolique religieuse épuise, ou non, la signification du crucifix n'est pas décisif à ce stade du raisonnement.

Il n'y a pas devant la Cour d'éléments attestant l'éventuelle influence que l'exposition sur des murs de salles de classe d'un symbole religieux pourrait avoir sur les élèves ; on ne saurait donc raisonnablement affirmer qu'elle a ou non un effet sur de jeunes personnes, dont les convictions ne sont pas encore fixées.

On peut néanmoins comprendre que la requérante puisse voir dans l'exposition d'un crucifix dans les salles de classe de l'école publique où ses enfants étaient scolarisés un manque de respect par l'Etat de son droit d'assurer l'éducation et l'enseignement de ceux-ci conformément à ses convictions philosophiques. Cependant, la perception subjective de la requérante ne saurait à elle seule suffire à caractériser une violation de l'article 2 du Protocole no 1.

**67.** Le Gouvernement explique quant à lui que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, qui est le fruit de l'évolution historique de l'Italie, ce qui lui donne une connotation non seulement culturelle mais aussi identitaire, correspond aujourd'hui à une tradition qu'il juge important de perpétuer. Il ajoute qu'au-delà de sa signification religieuse, le crucifix symbolise les principes et valeurs qui fondent la

démocratie et la civilisation occidentale, sa présence dans les salles de classe étant justifiable à ce titre.

**68.** Selon la Cour, la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La Cour se doit d'ailleurs de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique. Elle souligne toutefois que l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un Etat contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles.

Quant au point de vue du Gouvernement relatif à la signification du crucifix, la Cour constate que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont à cet égard des positions divergentes et que la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée (paragraphe 16 et 23 ci-dessus). Or il n'appartient pas à la Cour de prendre position sur un débat entre les juridictions internes.

**69.** Il reste que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques (paragraphe 61-62 ci-dessus).

Cela vaut pour l'aménagement de l'environnement scolaire comme pour la définition et l'aménagement des programmes (ce que la Cour a déjà souligné : voir essentiellement, précités, les arrêts Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, §§ 50-53, Folgerø, § 84, et Zengin, §§ 51-52 ; paragraphe 62 ci-dessus). La Cour se doit donc en principe de respecter les choix des Etats contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion, dans la mesure toutefois où ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement (*ibidem*).

**70.** La Cour en déduit en l'espèce que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La circonstance qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques (paragraphe 26-28 ci-dessus) conforte au demeurant cette approche.

Cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, l'arrêt Leyla Şahin précité, § 110), la tâche de la Cour consistant en l'occurrence à s'assurer que la limite mentionnée au paragraphe 69 ci-dessus n'a pas été transgressée.

**71.** A cet égard, il est vrai qu'en prescrivant la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques – lequel, qu'on lui reconnaisse ou non en sus une valeur symbolique laïque, renvoie indubitablement au christianisme –, la réglementation donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire.

Cela ne suffit toutefois pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'Etat défendeur et pour établir un manquement aux prescriptions de l'article 2 du Protocole no 1.

La Cour renvoie sur ce point, mutatis mutandis, à ses arrêts Folgerø et Zengin précités. Dans l'affaire Folgerø, dans laquelle elle a été amenée à examiner le contenu du programme d'un cours de « christianisme, religion et philosophie » (« KRL »), elle a en effet retenu que le fait que ce programme accorde une plus large part à la connaissance du christianisme qu'à celle des autres religions et philosophies ne saurait passer en soi pour une entorse aux principes de pluralisme et d'objectivité susceptible de s'analyser en un endoctrinement. Elle a précisé que, vu la place qu'occupe le christianisme dans l'histoire et la tradition de l'Etat défendeur – la Norvège –, cette question relevait de la marge d'appréciation dont jouissait celui-ci pour définir et aménager le programme des études (arrêt précité, § 89). Elle est parvenue à une conclusion similaire dans le contexte du cours de « culture religieuse et connaissance morale » dispensé dans les écoles de Turquie dont le programme accordait une plus large part à la connaissance de l'Islam, au motif que la religion musulmane est majoritairement pratiquée en Turquie, nonobstant le caractère laïc de cet Etat (arrêt Zengin précité, § 63).

**72.** De plus, le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif, et cet aspect a de l'importance aux yeux de la Cour, eu égard en particulier au principe de neutralité (paragraphe 60 ci-dessus). On ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses (voir sur ces points les arrêts Folgerø et Zengin précités, § 94 et § 64, respectivement).

**73.** La Cour observe que, dans son arrêt du 3 novembre 2009, la chambre a, à l'inverse, retenu la thèse selon laquelle l'exposition de crucifix dans les salles de classe aurait un impact notable sur les deuxième et troisième requérants, âgés de onze et treize ans à l'époque des faits. Selon la chambre, dans le contexte de l'éducation publique, le crucifix, qu'il est impossible de ne pas remarquer dans les salles de classe, est nécessairement perçu comme partie intégrante du milieu scolaire et peut dès lors être considéré comme un « signe extérieur fort » au sens de la décision Dahlab précitée (voir les paragraphes 54 et 55 de l'arrêt).



La Grande Chambre ne partage pas cette approche. Elle estime en effet que l'on ne peut se fonder sur cette décision en l'espèce, les circonstances des deux affaires étant tout à fait différentes.

Elle rappelle en effet que l'affaire Dahlab concernait l'interdiction faite à une institutrice de porter le foulard islamique dans le cadre de son activité d'enseignement, laquelle interdiction était motivée par la nécessité de préserver les sentiments religieux des élèves et de leurs parents et d'appliquer le principe de neutralité confessionnelle de l'école consacré en droit interne. Après avoir relevé que les autorités avaient dûment mis en balance les intérêts en présence, la Cour a jugé, au vu en particulier du bas âge des enfants dont la requérante avait la charge, que lesdites autorités n'avaient pas outrepassé leur marge d'appréciation.

**74.** En outre, les effets de la visibilité accrue que la présence de crucifix donne au christianisme dans l'espace scolaire méritent d'être encore relativisés au vu des éléments suivants. D'une part, cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme (voir les éléments de droit comparé exposés dans l'arrêt Zengin précité, § 33). D'autre part, selon les indications du Gouvernement, l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions. Le Gouvernement indique ainsi notamment que le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé, des aménagements sont prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des pratiques religieuses non majoritaires, le début et la fin du Ramadan sont « souvent fêtés » dans les écoles et un enseignement religieux facultatif peut être mis en place dans les établissements pour « toutes confessions religieuses reconnues » (paragraphe 39 ci-dessus). Par ailleurs, rien n'indique que les autorités se montrent intolérantes à l'égard des élèves adeptes d'autres religions, non croyants ou tenants de convictions philosophiques qui ne se rattachent pas à une religion.

De plus, les requérants ne prétendent pas que la présence du crucifix dans les salles de classe a incité au développement de pratiques d'enseignement présentant une connotation prosélyte, ni ne soutiennent que les deuxième et troisième d'entre eux se sont trouvés confrontés à un enseignant qui, dans l'exercice de ses fonctions, se serait appuyé tendancieusement sur cette présence.

**75.** Enfin, la Cour observe que la requérante a conservé entier son droit, en sa qualité de parent, d'éclairer et conseiller ses enfants, d'exercer envers eux ses fonctions naturelles d'éducateur, et de les orienter dans une direction conforme à ses propres convictions philosophiques (voir, notamment, précités, les arrêts Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen et Valsamis, §§ 54 et 31 respectivement).

**76.** Il résulte de ce qui précède qu'en décidant de maintenir les crucifix dans les salles de classe de l'école publique fréquentées par les enfants de la requérante, les autorités ont agi dans les limites de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat défendeur dans le cadre de son obligation de respecter, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

**77.** La Cour en déduit qu'il n'y pas eu violation de l'article 2 du Protocole no 1 dans le chef de la requérante. Elle considère par ailleurs qu'aucune question distincte ne se pose en l'espèce sur le terrain de l'article 9 de la Convention.

## 2. Le cas des deuxième et troisième requérants

**78.** La Cour considère que, lue comme il se doit à la lumière de l'article 9 de la Convention et de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1, la première phrase de cette disposition garantit aux élèves un droit à l'instruction dans le respect de leur droit de croire ou de ne pas croire. Elle conçoit en conséquence que des élèves tenants de la laïcité voient dans la présence de crucifix dans les salles de classe de l'école publique où ils sont scolarisés un manquement aux droits qu'ils tirent de ces dispositions.

Elle estime cependant que, pour les raisons indiquées dans le cadre de l'examen du cas de la requérante, il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole no 1 dans le chef des deuxième et troisième requérants. Elle considère par ailleurs qu'aucune question distincte ne se pose en l'espèce sur le terrain de l'article 9 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

**79.** Les requérants estiment que, les deuxième et troisième d'entre eux ayant été exposés aux crucifix qui se trouvaient dans les salles de classes de l'école publique dans laquelle ils étaient scolarisés, ils ont tous trois, dès lors qu'ils ne sont pas catholiques, subi une différence de traitement discriminatoire par rapport aux parents catholiques et à leurs enfants. Soulignant que « les principes consacrés par les articles 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1 sont renforcés par les dispositions de l'article 14 de la Convention », ils dénoncent une violation de ce dernier article, aux termes duquel :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

**80.** La chambre a jugé qu'eu égard aux circonstances de l'affaire et au raisonnement qui l'avait conduite à constater une violation de l'article 2 du Protocole no 1 combiné avec l'article 9 de la Convention, il n'y avait pas lieu d'examiner l'affaire de surcroît sous l'angle de l'article 14, pris isolément ou combiné avec ces dispositions.

**81.** La Cour, qui relève que ce grief est fort peu étayé, rappelle que l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles.

A supposer que les requérants entendent dénoncer une discrimination dans la jouissance des droits garantis par les articles 9 de la Convention et 2 du Protocole no 1 résultant du fait qu'ils ne se reconnaissent pas dans la religion catholique et que les deuxième et troisième d'entre eux ont été exposés aux crucifix qui se trouvaient dans les salles de classes de l'école publique dans laquelle ils étaient scolarisés, la Cour ne voit là aucune question distincte de celles qu'elle a déjà tranchées sur le terrain de l'article 2 du Protocole no 1. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette partie de la requête.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. Dit, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole no 1 et qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 9 de la Convention ;
2. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 18 mars 2011.

Erik Fribergh  
Greffier

Jean-Paul Costa  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions suivantes :

- a) Opinion concordante du juge Rozakis à laquelle se joint la juge Vajić ;
- b) Opinion concordante du juge Bonello ;
- c) Opinion concordante de la juge Power ;
- d) Opinion dissidente du juge Malinverni à laquelle se joint la juge Kalaydjieva.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE ROZAKIS, À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE VAJIĆ

La principale question à résoudre en l'espèce est l'effet de l'application du critère de proportionnalité aux faits de l'espèce. La proportionnalité entre, d'un côté, le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques et, de l'autre, le droit ou l'intérêt d'une très large part – à tout le moins – de la société à exposer des symboles religieux manifestant une religion ou une conviction. Les deux valeurs concurrentes qui se trouvent en jeu dans cette affaire sont donc simultanément protégées par la Convention : par le biais de l'article 2 du Protocole no 1 (*lex specialis*), lu à la lumière de l'article 9 de la Convention, pour ce qui concerne les parents ; par le biais de l'article 9 s'agissant des droits de la société.

Pour ce qui est tout d'abord du droit des parents, l'arrêt de la Cour souligne que le mot « respecter » figurant dans la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 « signifie plus que reconnaître ou prendre en considération ; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive » (paragraphe 61 de l'arrêt). Toutefois, le respect dû aux parents, même sous la forme d'une obligation positive « n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique ; [il] n'autorise même pas les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire » (paragraphe 62 de l'arrêt).

Cette dernière référence à la jurisprudence fondée sur la Convention mérite je crois d'être analysée plus avant. Incontestablement, l'article 2 du Protocole no 1 consacre le droit fondamental à l'éducation, un droit individuel sacro-saint – pouvant sans doute aussi être considéré comme un droit social – qui semble progresser constamment dans nos sociétés européennes. Cependant, si le droit à l'éducation est l'une des pierres angulaires de la protection de l'individu par la Convention, on ne peut à mon avis en dire autant et avec la même vigueur du droit subordonné des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Les choses sont ici bien différentes, et ce pour un certain nombre de raisons :

i) Ce droit, bien que lié au droit à l'éducation, ne revient pas directement au destinataire essentiel du droit, c'est-à-dire au destinataire de l'éducation, celui qui a le droit d'être éduqué. Il concerne les parents – dont le droit direct à l'éducation n'est pas en jeu dans les circonstances de l'espèce – et se limite à un seul aspect de l'éducation, à savoir leurs convictions religieuses et philosophiques.

ii) Il existe certes un lien évident entre l'éducation que reçoivent les enfants au sein de l'école et les idées et opinions religieuses et philosophiques – découlant des convictions – qui prévalent dans le cercle familial, un lien qui requiert une certaine harmonisation de ces questions entre le milieu scolaire et le cercle domestique ; cependant, l'Europe a évolué de façon spectaculaire, dans ce domaine comme dans d'autres, depuis l'adoption du Protocole no 1. De nos jours, la plupart d'entre nous vivent dans des sociétés multiculturelles et multiethniques au sein des Etats nationaux – caractéristique aujourd'hui commune à ces sociétés –, et les enfants qui évoluent dans cet environnement sont chaque jour au contact d'idées et d'opinions allant au-delà de celles qui proviennent de l'école et de leurs parents. Les relations humaines hors du foyer parental et les moyens modernes de communication contribuent sans nul doute à ce phénomène. En conséquence, les enfants prennent l'habitude d'accueillir toute une variété d'idées et d'opinions, souvent conflictuelles, et l'influence de l'école tout comme celle des parents en la matière est aujourd'hui relativement réduite.

iii) La composition de nos sociétés ayant changé, l'Etat a de plus en plus de mal à pourvoir aux besoins individuels des parents dans le domaine de l'éducation. J'irai jusqu'à dire que sa principale préoccupation – et il s'agit d'une préoccupation fondée – devrait être d'offrir aux enfants une éducation garantissant leur pleine et entière intégration au sein de la société où ils vivent, et de les préparer le mieux possible à répondre de manière effective aux attentes de cette société vis-à-vis de ses membres. Si cette caractéristique de l'éducation n'a rien de nouveau – elle est immémoriale –, elle a récemment pris une importance plus marquée en raison des particularités de notre époque et de la composition des sociétés actuelles. Là encore, les fonctions de l'Etat se sont largement déplacées, glissant des préoccupations des parents aux préoccupations de l'ensemble de la société, et restreignant ainsi la capacité des parents à déterminer, en dehors du foyer familial, le type d'éducation à dispenser à leurs enfants.

En conclusion, il me semble que, contrairement à d'autres garanties consacrées par la Convention pour lesquelles la jurisprudence fondée sur celle-ci a étendu le champ de la protection – il en est ainsi du droit à l'éducation –, le droit des parents au regard de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole no 1 ne paraît pas de façon réaliste gagner en poids dans la mise en balance aux fins de l'examen de la proportionnalité.

A l'autre extrémité, représentant l'autre membre de l'équation de proportionnalité, se trouve le droit de la société, illustré par les mesures des autorités pour le maintien des crucifix sur les murs des écoles publiques, de manifester ses convictions religieuses (majoritaires). Ce droit, dans les circonstances de l'espèce, l'emporte-t-il sur le droit des

parents d'éduquer leurs enfants conformément à leur religion et – plus spécifiquement, dans cette affaire – à leurs convictions philosophiques ?

Pour répondre, il faut interpréter la jurisprudence fondée sur la Convention et l'appliquer aux circonstances particulières de l'espèce. La première question à résoudre est celle d'un consensus européen. Existe-t-il en la matière un quelconque consensus européen – permettant, imposant ou interdisant l'exposition de symboles religieux chrétiens dans les écoles publiques – qui devrait déterminer la position de la Cour dans ce domaine ?

La réponse ressort clairement de l'arrêt même de la Cour, en sa partie qui donne un aperçu du droit et de la pratique au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe s'agissant de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques (paragraphe 26 et suivants) : parmi les Etats européens, il n'existe pas de consensus interdisant la présence de tels symboles religieux, que peu d'Etats interdisent expressément. Bien sûr, on observe une tendance croissante à proscrire – surtout par le biais de décisions de hautes juridictions nationales – la possibilité d'exposer des crucifix dans les écoles publiques ; cependant, le nombre d'Etats ayant adopté des mesures interdisant l'exposition de crucifix dans les lieux publics et l'étendue de l'activité judiciaire interne en la matière ne permettent pas à la Cour de présumer qu'il existe un consensus contre pareille exposition. Cela vaut tout particulièrement si l'on tient compte du fait qu'il y a en Europe un certain nombre d'Etats où la religion chrétienne demeure la religion officielle ou prédominante, et également, comme je viens de le souligner, du fait que certains Etats autorisent clairement, par leur droit ou leur pratique, l'exposition de crucifix dans les lieux publics.

Pendant que nous parlons de consensus, il convient de rappeler que la Cour est une juridiction, et non un organe parlementaire. Chaque fois qu'elle entreprend d'apprécier les limites de la protection accordée par la Convention, la Cour prend soigneusement en compte le degré de protection existant au niveau des Etats européens ; elle a bien sûr la possibilité d'élever cette protection à un niveau supérieur à celui accordé par tel ou tel Etat défendeur, mais à condition toutefois que de solides indications attestent qu'un grand nombre d'autres Etats européens ont déjà adopté ce degré de protection, ou qu'il y ait une tendance manifeste à élever le niveau de protection. Ce principe ne saurait s'appliquer de manière positive en l'espèce, même si, c'est vrai, une tendance s'est amorcée en faveur de l'interdiction de l'exposition de symboles religieux dans les institutions publiques.

Puisqu'en la matière la pratique demeure hétérogène parmi les Etats européens, les seules orientations qui puissent aider la Cour à ménager un juste équilibre entre les droits en jeu émanent de sa jurisprudence antérieure. Les mots clés qui ressortent de celle-ci sont « neutralité et impartialité ». Comme la Cour le relève dans le présent arrêt, « les Etats

ont pour mission de garantir, en restant neutres et impartiaux, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. Leur rôle est de contribuer à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique, notamment entre groupes opposés » (paragraphe 60, in fine, de l'arrêt).

Il est indéniable, je crois, que l'exposition de crucifix dans les écoles publiques italiennes relève d'un symbolisme religieux qui a un impact sur l'obligation de neutralité et d'impartialité de l'Etat, même si dans une société européenne moderne les symboles semblent peu à peu perdre le poids très important qu'ils avaient autrefois et si des approches plus pragmatiques et rationalistes définissent aujourd'hui, pour de larges pans de la population, les vraies valeurs sociales et idéologiques.

La question qui se pose donc à ce stade est de savoir non seulement si l'exposition du crucifix porte atteinte à la neutralité et à l'impartialité, ce qui est manifestement le cas, mais aussi si la portée de la transgression justifie un constat de violation de la Convention dans les circonstances de l'espèce. Je conclus ici – non sans quelque hésitation – par la négative, souscrivant ainsi au raisonnement principal de la Cour, et plus particulièrement à son approche concernant le rôle de la religion majoritaire de la société italienne (paragraphe 71 de l'arrêt), le caractère essentiellement passif du symbole, qui ne saurait s'analyser en une forme d'endoctrinement (paragraphe 72 de l'arrêt), et également le contexte éducatif dans lequel s'inscrit la présence de crucifix sur les murs des écoles publiques. Comme le souligne l'arrêt, « [d]'une part, cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme (...). D'autre part, (...) l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions. Le Gouvernement indique ainsi notamment que le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé, des aménagements sont prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des pratiques religieuses non majoritaires, (...) et un enseignement religieux facultatif peut être mis en place dans les établissements pour « toutes confessions religieuses reconnues » » (paragraphe 74 de l'arrêt). Attestant une tolérance religieuse qui s'exprime par une approche libérale permettant à toutes les confessions de manifester librement leurs convictions religieuses dans les écoles publiques, ces éléments constituent à mes yeux un facteur crucial de « neutralisation » de la portée symbolique de la présence du crucifix dans les écoles publiques.

Je dirai également que cette approche libérale sert le concept même de « neutralité » ; elle est l'autre versant, par exemple, d'une politique interdisant l'exposition de tout symbole religieux dans un lieu public.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE BONELLO

1.1 Une cour des droits de l'homme ne saurait se laisser gagner par un Alzheimer historique. Elle n'a pas le droit de faire fi de la continuité culturelle du parcours d'une nation à travers le temps, ni de négliger ce qui au fil des siècles a contribué à modeler et définir le profil d'un peuple. Aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'histoire a imprimées à l'identité nationale. Une cour des droits de l'homme a pour rôle de protéger les droits fondamentaux, mais sans jamais perdre de vue ceci : « les coutumes ne sont pas des caprices qui passent. Elles évoluent avec le temps, se solidifient à travers l'histoire pour former un ciment culturel. Elles deviennent des symboles extrêmement importants qui définissent l'identité des nations, des tribus, des religions, des individus »<sup>1</sup>.

1.2 Une cour européenne ne doit pas être invitée à ruiner des siècles de tradition européenne. Aucun tribunal, et certainement pas cette Cour, ne doit voler aux Italiens une partie de leur personnalité culturelle.

1.3 Avant de nous rallier à toute croisade tendant à diaboliser le crucifix, je crois qu'il nous faut replacer dans son juste contexte historique la présence de ce symbole au sein des écoles italiennes. Pendant des siècles, pratiquement toute éducation dispensée en Italie a été le fait de l'Eglise, de ses ordres et organisations religieux, et de très peu d'autres entités. Un grand nombre – voire la plupart – des écoles, collèges, universités et autres instituts d'enseignement d'Italie ont été fondés, financés ou gérés par l'Eglise, ses membres ou ses ramifications. Les grandes étapes de l'histoire ont fait de l'éducation et du christianisme des notions quasiment interchangeables ; dès lors, la présence séculaire du crucifix dans les écoles italiennes n'a pas de quoi choquer ou surprendre. En fait, c'est plutôt son absence qui serait choquante ou surprenante.

1.4 Jusqu'à une époque assez récente, l'Etat « laïque » ne s'occupait guère d'éducation, mission essentielle qu'il déléguait, par défaut, aux institutions chrétiennes. Ce n'est que peu à peu que l'Etat a commencé à assumer ses responsabilités s'agissant d'éduquer la population et de lui proposer autre chose que le quasi-monopole religieux sur l'éducation. La présence du crucifix dans les écoles italiennes ne fait que témoigner de cette réalité historique irréfutable et millénaire ; on pourrait presque dire que le crucifix est là depuis que les écoles existent. Et voilà que l'on saisit une juridiction qui se trouve sous une cloche de verre, à mille kilomètres de là, afin que du jour au lendemain elle mette son veto à ce qui a survécu à d'innombrables générations. On invite la Cour à se rendre complice d'un acte majeur de vandalisme culturel. A mon avis, William Faulkner a touché le cœur du problème : le passé n'est jamais mort. En

---

<sup>1</sup> Justin Marozzi, *The Man Who Invented History*, John Murray, 2009, p. 97.



fait, il n'est même pas passé.<sup>2</sup> Que cela nous plaise ou non, les parfums et la puanteur de l'histoire nous accompagnent toujours.

1.5 C'est une aberration et un manque d'information que d'affirmer que la présence du crucifix dans les écoles italiennes témoigne d'une mesure fasciste réactionnaire imposée, entre les gorgées d'huile de ricin, par *Signor* Mussolini. Les circulaires de Mussolini n'ont fait que prendre acte formellement d'une réalité historique antérieure de plusieurs siècles à sa naissance et qui, nonobstant le vitriol anti-crucifix lancé par M<sup>me</sup> Lautsi, pourrait lui survivre encore longtemps. La Cour devrait toujours faire preuve de circonspection lorsqu'il s'agit de prendre des libertés avec les libertés des autres peuples, y compris celle de chérir leur propre empreinte culturelle. Quelle qu'elle soit, celle-ci est unique. Les nations ne façonnent pas leur histoire sous l'impulsion du moment.

1.6 Le rythme du calendrier scolaire italien témoigne des liens historiques inextricables qui existent en Italie entre l'éducation et la religion, des liens persistants qui ont survécu des siècles durant. Aujourd'hui encore, les écoliers travaillent dur les jours consacrés aux dieux païens (Diane/Lune, Mars, Hercule, Jupiter, Vénus, Saturne) et se reposent le dimanche (*domenica*, le jour du Seigneur). Le calendrier scolaire imite le calendrier religieux, les jours fériés se calquant sur les fêtes chrétiennes. Pâques, Noël, le carême, carnaval (*carnevale*, période où la discipline religieuse permettait la consommation de viande), l'Épiphanie, la Pentecôte, l'Assomption, la Fête-Dieu, l'Avent, la Toussaint, le jour des Morts : un cycle annuel qui – c'est flagrant – est bien plus dénué de laïcité que n'importe quel crucifix sur n'importe quel mur. Puisse M<sup>me</sup> Lautsi s'abstenir de solliciter les services de la Cour, en son propre nom et au nom de la laïcité, aux fins de la suppression du calendrier scolaire italien, cet autre élément du patrimoine culturel chrétien qui a survécu au passage des siècles sans que rien ne prouve qu'il y ait eu atteinte irréparable au progrès de la liberté, de l'émancipation, de la démocratie et de la civilisation.

## **Quels droits ? Liberté de religion et de conscience ?**

2.1 Les questions soulevées par cette affaire ont été éludées en raison d'un déplorable manque de clarté et de définition. La Convention consacre la protection de la liberté de religion et de conscience (article 9). Rien de moins que cela, évidemment, mais guère plus.

2.2 Parallèlement à la liberté de religion, on a vu se constituer dans les sociétés civilisées un catalogue de valeurs remarquables (souvent louables) qui sont apparentées à la liberté de religion tout en étant distinctes de celle-ci : la laïcité, le pluralisme, la séparation de l'Eglise et de l'Etat, la neutralité confessionnelle ou la tolérance religieuse. Toutes

---

<sup>2</sup> *Requiem pour une nonne*, 1951.

ces valeurs représentent des matières premières démocratiques supérieures dans lesquels les Etats contractants sont libres d'investir ou non, ce que beaucoup ont fait. Il ne s'agit toutefois pas de valeurs protégées par la Convention, et c'est une erreur fondamentale que de jongler avec ses concepts dissemblables comme s'ils étaient interchangeables avec la liberté de religion. Hélas, la jurisprudence de la Cour comporte elle aussi des traces de ce débordement qui est tout sauf rigoureux.

2.3 La Convention a confié à la Cour la tâche de faire respecter la liberté de religion et de conscience, mais elle ne lui a pas donné le pouvoir de contraindre les Etats à la laïcité ou de les forcer à adopter un régime de neutralité confessionnelle. C'est à chaque Etat d'opter ou non pour la laïcité et de décider si – et, le cas échéant, dans quelle mesure – il entend séparer l'Eglise et la conduite des affaires publiques. Ce que l'Etat ne doit pas faire, c'est priver quiconque de sa liberté de religion et de conscience. Un abîme axiomatique sépare un concept prescriptif des autres concepts, non prescriptifs.

2.4 La plupart des arguments formulés par la requérante invitent la Cour à garantir la séparation de l'Eglise et de l'Etat et à assurer le respect d'un régime de laïcité aseptique au sein des écoles italiennes. Or cela, pour dire les choses sans ambages, ne regarde pas la Cour. Celle-ci doit veiller à ce que M<sup>me</sup> Lautsi et ses enfants jouissent pleinement de leur droit fondamental à la liberté de religion et de conscience, un point c'est tout.

2.5 La Convention s'avère très utile, avec son inventaire détaillé et exhaustif de ce que signifie réellement la liberté de religion et de conscience, et nous ferions bien de garder à l'esprit ces contraintes institutionnelles. Liberté de religion ne veut pas dire laïcité. Liberté de religion ne veut pas dire séparation de l'Eglise et de l'Etat. Liberté de religion ne veut pas dire équidistance en matière religieuse. Toutes ces notions sont certes séduisantes, mais nul n'a à ce jour désigné la Cour afin qu'elle en soit la gardienne. En Europe, la laïcité est facultative ; la liberté de religion ne l'est pas.

2.6 La liberté de religion et la liberté de ne pas avoir de religion consistent en fait dans le droit de professer librement toute religion choisie par l'individu, le droit de changer librement de religion, le droit de n'embrasser aucune religion, et le droit de manifester sa religion par les croyances, le culte, l'enseignement et l'observance. Le catalogue de la Convention s'arrête ici, bien en deçà de la défense de l'Etat laïque.

2.7 Le rôle plutôt modeste de la Cour reste de déterminer si l'exposition dans les écoles publiques italiennes de ce que certains voient comme un symbole chrétien et d'autres comme un gadget culturel a, de quelque façon que ce soit, porté atteinte au droit fondamental de M<sup>me</sup> Lautsi et de

ses enfants à la liberté de religion, telle que définie par la Convention elle-même.

2.8 Je crois que n'importe qui pourrait, de manière convaincante, s'employer à soutenir que la présence du crucifix dans les écoles publiques italiennes est susceptible de heurter la doctrine de la laïcité et celle de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. En même temps, je pense que nul ne pourrait plaider de façon probante que la présence d'un crucifix a, de quelque manière que ce soit, porté atteinte au droit des membres de la famille Lautsi de professer toute religion de leur choix, de changer de religion, de n'avoir aucune religion ou de manifester leurs croyances, le cas échéant, par le culte, l'enseignement et l'observance, ou à leur droit de rejeter carrément tout ce qu'ils pourraient considérer comme un fade objet de superstition.

2.9 Avec ou sans crucifix sur le mur d'une salle de classe, les Lautsi ont joui de la liberté de conscience et de religion la plus absolue et la plus illimitée, telle que définie par la Convention. Il est concevable que la présence d'un crucifix dans une salle de classe puisse être perçue comme une trahison de la laïcité et une défaillance injustifiable du régime de séparation de l'Eglise et de l'Etat ; ces doctrines, toutefois, aussi attrayantes et séduisantes soient-elles, ne sont nulle part prescrites par la Convention, et elles ne sont pas non plus des éléments constitutifs nécessaires à la liberté de conscience et à la liberté de religion. C'est aux autorités italiennes, et non à la Cour, qu'il revient de garantir la laïcité si elles estiment que celle-ci fait ou doit faire partie de l'architecture constitutionnelle italienne.

2.10 Eu égard aux racines historiques de la présence du crucifix dans les écoles italiennes, retirer celui-ci de là où il se trouve, discrètement et passivement, depuis des siècles n'aurait guère été un signe de neutralité de l'Etat. Le retirer aurait constitué une adhésion positive et agressive à l'agnosticisme ou à la laïcité, et aurait donc été tout sauf un acte neutre. Maintenir un symbole là où il a toujours été n'est pas un acte d'intolérance des croyants ou des traditionalistes culturels. Le déloger serait un acte d'intolérance des agnostiques et des laïcs.

2.11 Au fil des siècles, des millions d'enfants Italiens ont été exposés au crucifix dans les écoles. Cela n'a pas fait de l'Italie un Etat confessionnel, ni des Italiens les citoyens d'une théocratie. Les requérants n'ont présenté à la Cour aucun élément montrant que les personnes exposées au crucifix auraient, de quelque manière que ce soit, perdu leur liberté totale de manifester leurs croyances religieuses individuelles et personnelles, ou leur droit de renier toute religion. La présence d'un crucifix dans une salle de classe ne semble avoir entravé aucun Italien dans sa liberté de croire ou de ne pas croire, d'embrasser l'athéisme, l'agnosticisme, l'anticléricalisme, la laïcité, le matérialisme, le relativisme ou l'irrégion doctrinaire, d'abjurer, d'apostasier, ou d'embrasser le crédo ou

l'« hérésie » de son choix qui lui paraisse suffisamment attrayant, ce avec la même vigueur et la même verve que d'autres mettent à embrasser librement une confession chrétienne. Si de tels éléments avaient été présentés, j'aurais avec véhémence voté en faveur de la violation de la Convention.

### **Quels droits ? Le droit à l'instruction ?**

3.1 L'article 2 du Protocole n° 1 garantit le droit des parents à ce que l'enseignement dispensé à leurs enfants soit conforme à leurs propres convictions religieuses et philosophiques. La tâche de la Cour est de contrôler et de garantir le respect de ce droit.

3.2 La simple présence silencieuse et passive d'un symbole dans une salle de classe d'une école italienne correspond-elle à un « enseignement » ? Fait-elle obstacle à l'exercice du droit garanti ? J'ai beau chercher, je ne vois pas comment. La Convention interdit spécifiquement et exclusivement tout enseignement scolaire qui ne conviendrait pas aux parents pour des motifs religieux, éthiques ou philosophiques. Le mot clé de cette norme est bien évidemment « enseignement », et je me demande dans quelle mesure la présence muette d'un symbole de la continuité culturelle européenne pourrait s'analyser en un enseignement, au sens de ce mot plutôt dénué d'équivoque.

3.3 A mon avis, ce que la Convention interdit, c'est tout endoctrinement, éhonté ou sournois, la confiscation agressive de jeunes esprits, le prosélytisme envahissant, la mise en place par le système éducatif public de tout obstacle à l'aveu de l'athéisme, de l'agnosticisme ou du choix en faveur d'une autre foi. La simple exposition du témoignage silencieux d'un symbole historique, qui fait si incontestablement partie du patrimoine européen, ne constitue nullement un « enseignement », et elle ne porte pas non plus une atteinte sérieuse au droit fondamental des parents à déterminer quelle orientation religieuse, le cas échéant, leurs enfants doivent suivre.

3.4 Même en admettant que la simple présence d'un objet muet doive être interprétée comme un « enseignement », les requérants n'ont pas répondu à la question bien plus capitale de la proportionnalité – étroitement liée à l'exercice de droits fondamentaux lorsque ceux-ci sont en conflit avec les droits d'autrui –, autrement dit de la mise en balance qu'il convient de faire entre les différents intérêts concurrents.

3.5 L'ensemble des parents des trente élèves qui se trouvent dans une salle de classe italienne jouissent à égalité du droit fondamental, garanti par la Convention, à ce que leurs enfants reçoivent un enseignement conforme à leurs propres convictions religieuses et philosophiques, droit au moins équivalent à celui dont jouissent les enfants Lautsi. Les parents d'un seul élève veulent une instruction « sans crucifix », et les parents des

vingt-neuf autres élèves, exerçant leur non moins fondamentale liberté de décision, veulent une instruction « avec crucifix ». Jusqu'à présent, nul n'a avancé aucune raison pour laquelle la volonté des parents d'un seul élève devrait l'emporter et celle des parents des vingt-neuf autres élèves capituler. Les parents de ces vingt-neuf enfants ont un droit fondamental, équivalent par la force et l'intensité, à ce que leurs enfants reçoivent un enseignement conforme à leurs propres convictions religieuses et philosophiques, qu'ils soient favorables au crucifix ou simplement indifférents à celui-ci. M<sup>me</sup> Lautsi ne saurait s'arroger l'autorisation d'anéantir le droit de l'ensemble des parents des autres élèves de la classe, qui souhaitent exercer ce droit dont elle demande précisément à la Cour d'empêcher l'exercice par autrui.

3.6 La chasse au crucifix encouragée par M<sup>me</sup> Lautsi ne peut en aucune façon constituer une mesure permettant d'assurer la neutralité dans une salle de classe. Ce serait faire prévaloir la philosophie « hostile au crucifix » des parents d'un seul élève par rapport à la philosophie « réceptive au crucifix » des parents des vingt-neuf autres élèves. Si les parents d'un seul élève revendiquent le droit de voir éduquer leur enfant en l'absence de crucifix, les parents des vingt-neuf autres élèves doivent bien avoir la possibilité de revendiquer un droit équivalent à la présence du crucifix, que ce soit comme symbole chrétien traditionnel ou simplement comme souvenir culturel.

## Petit aparté

4.1 Tout récemment, la Cour a été appelé à déterminer si une interdiction prononcée par les autorités turques à l'égard de la diffusion du roman *Les onze mille verges*, de Guillaume Apollinaire, pouvait se justifier dans une société démocratique. Pour estimer que ce roman ne relève pas de la pornographie violente, il faut avoir un souverain mépris pour les principes moraux contemporains<sup>3</sup>. Pourtant, la Cour a vaillamment volé au secours de ce ramassis d'obscénités transcendantes, sous prétexte qu'il faisait partie du patrimoine culturel européen<sup>4</sup>.

4.2 Il eût été bien étrange, à mon avis, que la Cour défendît et rachetât ce monceau assez médiocre d'obscénités nauséuses qui circule sous le manteau, en se fondant sur une vague appartenance au « patrimoine européen », et que dans le même temps elle niât la valeur de patrimoine européen à un emblème que des millions d'Européens ont reconnu au fil des siècles comme un symbole intemporel de rédemption par l'amour universel.

<sup>3</sup> Wikipedia qualifie cette œuvre de « roman érotique » dans lequel l'auteur « explore toutes les facettes de la sexualité (...) : sadisme alterne avec masochisme, onanisme avec sexualité de groupe, saphisme avec pédérastie, etc. (...) [Le] roman dégage une impression de « joie infernale » (...) »

<sup>4</sup> *Akdaş c. Turquie*, n° 41056/04, 16 février 2010.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE POWER

Cette affaire soulève des questions concernant la portée de certaines dispositions de la Convention, et la rectification par la Grande Chambre d'un certain nombre d'erreurs contenues dans l'arrêt de la chambre était à la fois nécessaire et judicieuse. La correction essentielle réside dans le constat que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation d'un Etat défendeur (paragraphe 70 de l'arrêt). Dans l'exercice de sa fonction de contrôle, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure<sup>1</sup> selon laquelle la « visibilité prépondérante » dans l'environnement scolaire qu'un Etat peut conférer à la religion majoritaire du pays ne suffit pas en soi pour indiquer une démarche d'endoctrinement de nature à établir un manquement aux prescriptions de l'article 2 du Protocole n° 1 (paragraphe 71 de l'arrêt).

La Grande Chambre rectifie également la conclusion plutôt spéculative de l'arrêt de la chambre (paragraphe 55 de l'arrêt de la chambre) relative au risque « particulièrement présent » que l'exposition d'un crucifix puisse être perturbante émotionnellement pour des élèves de religions minoritaires ou des élèves qui ne professent aucune religion. Eu égard au rôle crucial de la « preuve » dans toute procédure judiciaire, la Grande Chambre relève à juste titre que la Cour ne dispose pas d'éléments attestant une quelconque influence de la présence d'un symbole religieux sur les élèves (paragraphe 66 de l'arrêt). Tout en reconnaissant que l'« on peut (...) comprendre » l'impression qu'a la requérante d'un manque de respect de ses droits, la Grande Chambre confirme que la perception subjective de l'intéressée ne saurait suffire à caractériser une violation de l'article 2 du Protocole n° 1. La requérante a peut-être été offensée par la présence de crucifix dans les salles de classe, mais l'existence d'un droit « à ne pas être offensé » n'a jamais été reconnue dans le cadre de la Convention. En infirmant l'arrêt de la chambre, la Grande Chambre ne fait rien d'autre que confirmer une jurisprudence constante (relative notamment à l'article 10) qui reconnaît que la simple « offense » n'est pas une chose contre laquelle un individu peut être immunisé par le droit.

Cependant, l'arrêt de la chambre contenait une autre conclusion fondamentale, et à mon sens erronée, au sujet de laquelle la Grande Chambre ne fait pas de commentaire alors qu'elle méritait selon moi quelques clarifications. La chambre a à juste titre indiqué que l'Etat est tenu à la neutralité confessionnelle dans le cadre de l'éducation publique (paragraphe 56 de l'arrêt de la chambre). Toutefois, elle a ensuite conclu, de façon incorrecte, que ce devoir exige en fait que l'on préfère ou que l'on place une idéologie (ou un ensemble d'idées) au-dessus de tout autre point de vue religieux et/ou philosophique ou de toute autre vision du monde. La neutralité appelle une approche pluraliste, et non laïque, de la

---

<sup>1</sup> *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, § 89, CEDH 2007-VIII ; voir également *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, n° 1448/04, § 63, CEDH 2007-XI.

part de l'Etat. Elle encourage le respect de toutes les visions du monde et non la préférence pour une seule. A mes yeux, l'arrêt de la chambre était frappant dans son manquement à reconnaître que la laïcité (conviction ou vision du monde préférée par la requérante) est, en soi, une idéologie parmi d'autres. Préférer la laïcité aux autres visions du monde – qu'elles soient religieuses, philosophiques ou autres – n'est pas une option neutre. La Convention exige que l'on respecte les convictions de la requérante pour autant que l'éducation et l'enseignement dispensés à ses enfants sont en jeu. Elle n'exige pas que ces convictions soient l'option préférée et approuvée par rapport à toutes les autres.

Dans son opinion séparée, le juge Bonello souligne que, dans la tradition européenne, l'éducation (et, à mon avis, les valeurs que sont la dignité humaine, la tolérance et le respect de l'individu, sans lesquelles il ne peut à mon sens y avoir aucune base durable à la protection des droits de l'homme) a ses racines, historiquement, notamment dans la tradition chrétienne. Interdire dans les écoles publiques, sans considération des souhaits de la nation, l'exposition d'un symbole représentatif de cette tradition – ou en fait de toute autre tradition religieuse – et exiger que l'Etat poursuive un programme non pas pluraliste mais laïc, risque de nous faire glisser vers le terrain de l'intolérance, notion qui est contraire aux valeurs de la Convention.

Les requérants allèguent la violation de leur droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Or je ne vois aucune atteinte à leur liberté de manifester leurs convictions personnelles. Le critère, pour déterminer s'il y a eu violation au regard de l'article 9, n'est pas l'existence d'une « offense » mais celle d'une « coercition »<sup>2</sup>. Cet article ne crée pas un droit à ne pas être offensé par la manifestation des convictions religieuses d'autrui, même lorsque l'Etat confère une « visibilité prépondérante » à ces convictions. L'exposition d'un symbole religieux n'oblige ni ne contraint quiconque à faire ou à s'abstenir de faire une chose. Elle n'exige pas un engagement dans une activité quelconque, même s'il est concevable qu'elle puisse appeler ou stimuler la discussion et l'échange ouvert des points de vue. Elle n'empêche pas un individu de suivre ce que lui dicte sa conscience et n'écarte pas toute possibilité pour lui de manifester ses propres convictions et idées religieuses.

La Grande Chambre estime que la présence du crucifix est pour l'essentiel un symbole passif, et elle considère cet aspect comme revêtant une grande importance compte tenu du principe de neutralité. Je souscris à cet égard à l'avis de la Cour, dès lors que le symbole, par son caractère passif, n'a rien de coercitif. Je dois toutefois admettre qu'en principe les symboles (qu'ils soient religieux, culturels ou autres) sont porteurs de sens. Ils peuvent être silencieux tout en étant parlants, sans nullement

---

2. *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, CEDH 1999-I ; voir également *Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie*, n° 39023/97, 16 décembre 2004.

impliquer coercition ou endoctrinement. Les éléments non contestés dont dispose la Cour montrent que l'Italie ouvre l'espace scolaire à tout un éventail de religions, et rien n'indique qu'il y ait une intolérance quelconque à l'égard des élèves non croyants ou tenants de convictions philosophiques qui ne se rattachent pas à une religion. Le port du voile islamique est autorisé. Le début et la fin du Ramadan sont « souvent fêtés ». Dans ce contexte de pluralisme et de tolérance religieuse, un symbole chrétien apposé sur le mur d'une salle de classe ne fait que représenter une vision autre et différente du monde. La présentation et prise en compte de différents points de vue fait partie intégrante du processus éducatif. Elle stimule le dialogue. Une éducation réellement pluraliste implique la mise en contact des élèves avec toute une gamme d'idées différentes, y compris des idées qui ne sont pas les leurs propres. Le dialogue devient possible et prend peut-être tout son sens lorsqu'il y a une véritable différence dans les opinions et un échange francs d'idées. Si elle s'accomplit dans un esprit d'ouverture, de curiosité, de tolérance et de respect, cette rencontre peut mener à une meilleure clarté et représentation, car elle favorise le développement de la pensée critique. L'éducation serait amoindrie si les enfants n'étaient pas confrontés à des points de vue différents sur la vie et n'avaient pas, par ce processus, la possibilité d'apprendre l'importance du respect de la diversité.



## OPINION DISSIDENTE DU JUGE MALINVERNI, À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE KALAYDJIEVA

1. La Grande Chambre est parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 au motif que « le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur » (paragraphe 70 ; voir aussi le paragraphe 69).

J'ai de la peine à suivre cette argumentation. Utile, voire commode, la théorie de la marge d'appréciation est une technique d'un maniement délicat, car l'ampleur de la marge dépend d'un grand nombre de paramètres : droit en cause, gravité de l'atteinte, existence d'un consensus européen, etc. La Cour a ainsi affirmé que « l'ampleur de la marge d'appréciation n'est pas la même pour toutes les affaires mais varie en fonction du contexte (...). Parmi les éléments pertinents figurent la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et le genre des activités en cause ».<sup>1</sup> La juste application de cette théorie est donc fonction de l'importance respective que l'on attribue à ces différents facteurs. La Cour décrète-t-elle que la marge d'appréciation est étroite, l'arrêt conduira le plus souvent à une violation de la Convention ; considère-t-elle en revanche qu'elle est large, l'Etat défendeur sera le plus souvent « acquitté ».

Dans la présente affaire, c'est en se fondant principalement sur l'absence de consensus européen que la Grande Chambre s'est autorisée à invoquer la théorie de la marge d'appréciation (paragraphe 70). A cet égard, je relève que la présence de symboles religieux dans les écoles publiques n'est expressément prévue, outre l'Italie, que dans un nombre très restreint d'Etats membres du Conseil de l'Europe (Autriche, Pologne, quelques *Länder* allemands ; paragraphe 27). En revanche, dans la très grande majorité de ces Etats cette question ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Il me paraît difficile, dans ces conditions, de tirer de cet état de fait des conclusions sûres quant au consensus européen.

S'agissant de la réglementation relative à cette question, je relève en passant que la présence du crucifix dans les écoles publiques italiennes repose sur une base légale extrêmement faible : un décret royal fort ancien, puisqu'il date de 1860, puis une circulaire fasciste de 1922, et encore des décrets royaux de 1924 et de 1928. Il s'agit donc de textes fort anciens et qui, n'émanant pas du Parlement, sont dépourvus de toute légitimité démocratique.

Ce qui me paraît en revanche plus important c'est que, là où elles ont été appelées à se prononcer sur cette question, les cours suprêmes ou

---

<sup>1</sup>*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 74, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV.

constitutionnelles européennes ont chaque fois et sans exception fait prévaloir le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat : la Cour constitutionnelle allemande, le Tribunal fédéral suisse, la Cour constitutionnelle polonaise et, dans un contexte légèrement différent, la Cour de cassation italienne (paragraphe 28 et 23).

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : la théorie de la marge d'appréciation ne saurait en aucun cas dispenser la Cour d'exercer les fonctions qui lui incombent en vertu de l'article 19 de la Convention, qui est celle d'assurer le respect des engagements résultant pour les Etats de la Convention et de ses Protocoles. Or la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 crée à la charge des Etats une obligation *positive* de respecter le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

Pareille obligation positive découle du verbe « respecter », qui figure à l'article 2 du Protocole n° 1. Comme le relève à juste titre la Grande Chambre, « en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive » (paragraphe 61). Une telle obligation positive peut d'ailleurs se déduire également de l'article 9 de la Convention. Cette disposition peut en effet s'interpréter comme créant à la charge des Etats une obligation positive de créer un climat de *tolérance* et de *respect mutuel* au sein de leur population.

Peut-on alors affirmer que les Etats s'acquittent véritablement de cette obligation positive lorsqu'ils prennent principalement en considération les croyances de la majorité ? Par ailleurs, la marge d'appréciation revêt-elle la même ampleur lorsque les autorités nationales sont requises de s'acquitter d'une obligation *positive* que lorsqu'elles sont simplement tenues par une obligation *d'abstention* ? Je ne le pense pas. Je suis au contraire d'avis que lorsque les Etats sont tenus par des obligations positives, leur marge d'appréciation s'amenuise.

De toute façon, selon la jurisprudence, la marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen. La tâche de la Cour consiste alors à s'assurer que la limite de la marge d'appréciation n'a pas été dépassée. Dans la présente affaire, tout en reconnaissant qu'en prescrivant la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques la réglementation en cause donne à la religion majoritaire une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire, la Grande Chambre a été d'avis que « cela ne suffit toutefois pas en soi pour ... établir un manquement aux prescriptions de l'article 2 du Protocole n° 1 ». Je ne saurais partager ce point de vue.

2. Nous vivons désormais dans une société multiculturelle, dans laquelle la protection effective de la liberté religieuse et du droit à l'éducation requiert une stricte *neutralité* de l'Etat dans l'enseignement public, lequel doit s'efforcer de favoriser le pluralisme éducatif comme un élément

fondamental d'une société démocratique telle que la conçoit la Convention.<sup>2</sup> Le principe de la neutralité de l'Etat a d'ailleurs été expressément reconnu par la Cour constitutionnelle italienne elle-même, pour laquelle il découle du principe fondamental de l'égalité de tous les citoyens et de l'interdiction de toute discrimination que l'Etat doit adopter une attitude d'impartialité à l'égard des croyances religieuses.<sup>3</sup>

La seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 implique qu'en s'acquittant des fonctions qu'il assume en matière d'éducation et d'enseignement, l'Etat veille à ce que les connaissances soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. L'école doit être un lieu de rencontre de différentes religions et convictions philosophiques, où les élèves peuvent acquérir des connaissances sur leurs pensées et traditions respectives.

3. Ces principes sont valables non seulement pour l'élaboration et l'aménagement des *programmes scolaires*, qui ne sont pas en cause dans la présente affaire, mais également pour l'*environnement scolaire*. L'article 2 du Protocole n° 1 précise bien que l'Etat respectera le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques dans l'exercice *des fonctions* (en anglais : *any functions*) qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement. C'est dire que le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat vaut non seulement pour le *contenu* de l'enseignement, mais pour l'*ensemble du système éducatif*. Dans l'affaire *Folgerø*, la Cour a relevé à juste titre que le devoir qui incombe aux Etats en vertu de cette disposition « est d'application large car il vaut pour le *contenu* de l'instruction et la manière de la dispenser mais aussi dans l'exercice de l'*ensemble des « fonctions »* assumées par l'Etat ».<sup>4</sup>

Ce point de vue est également partagé par d'autres instances, tant internes qu'internationales. Ainsi, dans son Observation générale N° 1, le Comité des droits de l'enfant a-t-il affirmé que le droit à l'éducation se réfère « non seulement au contenu des programmes scolaires, mais également au processus d'éducation, aux méthodes pédagogiques et au *milieu* dans lequel l'éducation est dispensée, qu'il s'agisse de la maison, de l'école ou d'un autre cadre ».<sup>5</sup> Et le Comité onusien d'ajouter que « le *milieu scolaire lui-même* doit (...) être le lieu où s'expriment la liberté et l'esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux ».<sup>6</sup>

<sup>2</sup> *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV ; *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A.

<sup>3</sup> Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 508/2000.

<sup>4</sup> *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, § 84, CEDH 2007-VIII. Les italiques sont de nous.

<sup>5</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 1, du 4 avril 2001, « Les buts de l'éducation », § 8. Les italiques sont de nous.

<sup>6</sup> Idem, § 19. Les italiques sont de nous.

La Cour suprême du Canada a elle aussi relevé que l'environnement dans lequel l'enseignement est dispensé fait partie intégrante d'une éducation libre de toute discrimination : « In order to ensure a discrimination-free educational *environment*, the *school environment* must be one where all are treated equally and all are encouraged to fully participate ».<sup>7</sup>

4. Les *symboles religieux* font incontestablement partie de l'environnement scolaire. Comme tels, ils sont donc de nature à contrevenir au devoir de neutralité de l'Etat et à avoir un impact sur la liberté religieuse et le droit à l'éducation. Cela est d'autant plus vrai lorsque le symbole religieux s'impose aux élèves, même contre leur volonté. Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle allemande dans son célèbre arrêt : « Certainly, in a society that allows room for differing religious convictions, the individual has no right to be spared from other manifestations of faith, acts of worship or religious symbols. This is however to be distinguished from a situation created by the State where the individual is exposed without possibility of escape to the influence of a particular faith, to the acts through which it is manifested and to the symbols in which it is presented »<sup>8</sup>. Ce point de vue est partagé par d'autres cours suprêmes ou constitutionnelles.

Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a-t-il relevé que le devoir de neutralité confessionnelle à laquelle est tenu l'Etat revêt une importance particulière dans les écoles publiques, dès lors que l'enseignement y est obligatoire. Il a ajouté que, garant de la neutralité confessionnelle de l'école, l'Etat ne peut pas manifester, dans le cadre de l'enseignement, son propre attachement à une religion déterminée, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire, car il n'est pas exclu que certaines personnes se sentent lésées dans leurs convictions religieuses par la présence constante dans l'école d'un symbole d'une religion à laquelle elles n'appartiennent pas.

5. Le *crucifix* est sans conteste un symbole religieux. Selon le gouvernement défendeur, lorsqu'il se trouve dans l'environnement scolaire, le crucifix serait un symbole de l'origine religieuse de valeurs devenues désormais laïques, telles que la tolérance et le respect mutuel. Il y remplirait ainsi une fonction symbolique hautement éducative, indépendamment de la religion professée par les élèves, car il serait l'expression d'une civilisation entière et de valeurs universelles.

A mon avis, la présence du crucifix dans les salles de classe va bien au-delà de l'usage de symboles dans un contexte historique spécifique. La Cour a d'ailleurs déjà jugé que le caractère traditionnel d'un texte utilisé par des parlementaires pour prêter serment ne privait pas ce dernier de sa nature religieuse.<sup>9</sup> Comme l'a relevé la chambre, la liberté négative de

<sup>7</sup> Cour suprême du Canada, *Ross v. New Brunswick School District n° 15*, § 100.

<sup>8</sup> Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 93, I I BvR 1097/91, arrêt du 16 mai 1995, § C (II) (1), traduction non officielle.

<sup>9</sup> *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, CEDH 1999-I

religion n'est pas limitée à l'absence de services religieux ou d'enseignement religieux. Elle s'étend également aux symboles exprimant une croyance ou une religion. Cette liberté négative mérite une protection particulière lorsque c'est l'Etat qui expose un symbole religieux et que les individus sont placés dans une situation dont ils ne peuvent se dégager.<sup>10</sup> Même à admettre que le crucifix puisse avoir une pluralité de significations, la signification religieuse demeure malgré tout prédominante. Dans le contexte de l'éducation publique, il est nécessairement perçu comme une partie intégrante du milieu scolaire et peut même être considéré comme un signe extérieur fort. Je constate d'ailleurs que même la Cour de cassation italienne a rejeté la thèse selon laquelle le crucifix symboliserait une valeur indépendante d'une confession religieuse spécifique (paragraphe 67).

6. La présence du crucifix dans les écoles est même de nature à porter plus gravement atteinte à la liberté religieuse et au droit à l'éducation des élèves que les signes vestimentaires religieux que peut porter, par exemple, une enseignante, comme le voile islamique. Dans cette dernière hypothèse, l'enseignante en question peut en effet se prévaloir de sa propre liberté de religion, qui doit également être prise en compte, et que l'Etat doit aussi respecter. Les pouvoirs publics ne sauraient en revanche invoquer un tel droit. Du point de vue de la gravité de l'atteinte au principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat, celle-ci est donc moindre lorsque les pouvoirs publics tolèrent le voile à l'école que lorsqu'ils y imposent la présence du crucifix.

7. L'impact que peut avoir la présence du crucifix dans les écoles est aussi sans commune mesure avec celui que peut exercer son exposition dans d'autres établissements publics, comme un bureau de vote ou un tribunal. En effet, comme l'a pertinemment relevé la chambre, dans les écoles « le pouvoir contraignant de l'Etat est imposé à des esprits qui manquent encore de la capacité critique leur permettant de prendre de la distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'Etat » (paragraphe 48 de l'arrêt de la chambre).

8. En conclusion, une protection effective des droits garantis par l'article 2 du Protocole n° 1 et par l'article 9 de la Convention exige de la part de l'Etat qu'il fasse preuve de la plus stricte neutralité confessionnelle. Celle-ci ne se limite pas aux programmes scolaires, mais s'étend également à « l'environnement scolaire ». L'instruction primaire et secondaire étant obligatoire, l'Etat ne saurait imposer à des élèves, contre leur volonté et sans qu'ils puissent s'y soustraire, le symbole d'une religion dans laquelle ils ne se reconnaissent pas. L'ayant fait, le Gouvernement défendeur a violé l'article 2 du Protocole n° 1 et l'article 9 de la Convention.

---

<sup>10</sup> *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06, § 55, 3 novembre 2009.



Cour suprême des États-Unis d'Amérique  
Lawrence *et al.* contre Texas  
Affaire 539 U.S. 558  
26 juin 2003





Justice Kennedy delivered the opinion of the Court.

Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions.

## **I**

The question before the Court is the validity of a Texas statute making it a crime for two persons of the same sex to engage in certain intimate sexual conduct.

In Houston, Texas, officers of the Harris County Police Department were dispatched to a private residence in response to a reported weapons disturbance. They entered an apartment where one of the petitioners, John Geddes Lawrence, resided. The right of the police to enter does not seem to have been questioned. The officers observed Lawrence and another man, Tyron Garner, engaging in a sexual act. The two petitioners were arrested, held in custody over night, and charged and convicted before a Justice of the Peace.

The complaints described their crime as “deviate sexual intercourse, namely anal sex, with a member of the same sex (man).” App. to Pet. for Cert. 127a, 139a. The applicable state law is Tex. Penal Code Ann. §21.06(a) (2003). It provides: “A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex.” The statute defines “[d]eviate sexual intercourse” as follows :

“(A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or

“(B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object.” §21.01(1).

The petitioners exercised their right to a trial *de novo* in Harris County Criminal Court. They challenged the statute as a violation of the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment and of a like provision of the Texas Constitution. Tex. Const., Art. 1, §3a. Those contentions were rejected. The petitioners, having entered a plea of *nolo contendere*, were each fined \$200 and assessed court costs of \$141.25. App. to Pet. for Cert. 107a–110a.

The Court of Appeals for the Texas Fourteenth District considered the petitioners’ federal constitutional arguments under both the Equal Protection and Due Process Clauses of the Fourteenth Amendment. After

hearing the case en banc the court, in a divided opinion, rejected the constitutional arguments and affirmed the convictions. 41 S. W. 3d 349 (Tex. App. 2001). The majority opinion indicates that the Court of Appeals considered our decision in *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), to be controlling on the federal due process aspect of the case. *Bowers* then being authoritative, this was proper.

We granted certiorari, 537 U.S. 1044 (2002), to consider three questions :

"1. Whether Petitioners' criminal convictions under the Texas "Homosexual Conduct" law—which criminalizes sexual intimacy by same-sex couples, but not identical behavior by different-sex couples—violate the Fourteenth Amendment guarantee of equal protection of laws ?

"2. Whether Petitioners' criminal convictions for adult consensual sexual intimacy in the home violate their vital interests in liberty and privacy protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment?

"3. Whether *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), should be overruled?" Pet. for Cert. i.

The petitioners were adults at the time of the alleged offense. Their conduct was in private and consensual.

## **II**

We conclude the case should be resolved by determining whether the petitioners were free as adults to engage in the private conduct in the exercise of their liberty under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution. For this inquiry we deem it necessary to reconsider the Court's holding in *Bowers*.

There are broad statements of the substantive reach of liberty under the Due Process Clause in earlier cases, including *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), and *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); but the most pertinent beginning point is our decision in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

In *Griswold* the Court invalidated a state law prohibiting the use of drugs or devices of contraception and counseling or aiding and abetting the use of contraceptives. The Court described the protected interest as a right to privacy and placed emphasis on the marriage relation and the protected space of the marital bedroom. *Id.*, at 485.

After *Griswold* it was established that the right to make certain decisions regarding sexual conduct extends beyond the marital relationship. In *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), the Court invalidated a law prohibiting the distribution of contraceptives to unmarried persons. The case was decided under the Equal Protection Clause, *id.*, at 454; but with respect to unmarried persons, the Court went on to state the fundamental proposition that the law impaired the exercise of their personal rights,

*ibid.* It quoted from the statement of the Court of Appeals finding the law to be in conflict with fundamental human rights, and it followed with this statement of its own :

"It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship... . If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child." *Id.*, at 453.

The opinions in *Griswold* and *Eisenstadt* were part of the background for the decision in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). As is well known, the case involved a challenge to the Texas law prohibiting abortions, but the laws of other States were affected as well. Although the Court held the woman's rights were not absolute, her right to elect an abortion did have real and substantial protection as an exercise of her liberty under the Due Process Clause. The Court cited cases that protect spatial freedom and cases that go well beyond it. *Roe* recognized the right of a woman to make certain fundamental decisions affecting her destiny and confirmed once more that the protection of liberty under the Due Process Clause has a substantive dimension of fundamental significance in defining the rights of the person.

In *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977), the Court confronted a New York law forbidding sale or distribution of contraceptive devices to persons under 16 years of age. Although there was no single opinion for the Court, the law was invalidated. Both *Eisenstadt* and *Carey*, as well as the holding and rationale in *Roe*, confirmed that the reasoning of *Griswold* could not be confined to the protection of rights of married adults. This was the state of the law with respect to some of the most relevant cases when the Court considered *Bowers v. Hardwick*.

The facts in *Bowers* had some similarities to the instant case. A police officer, whose right to enter seems not to have been in question, observed Hardwick, in his own bedroom, engaging in intimate sexual conduct with another adult male. The conduct was in violation of a Georgia statute making it a criminal offense to engage in sodomy. One difference between the two cases is that the Georgia statute prohibited the conduct whether or not the participants were of the same sex, while the Texas statute, as we have seen, applies only to participants of the same sex. Hardwick was not prosecuted, but he brought an action in federal court to declare the state statute invalid. He alleged he was a practicing homosexual and that the criminal prohibition violated rights guaranteed to him by the Constitution. The Court, in an opinion by Justice White, sustained the Georgia law. Chief Justice Burger and Justice Powell joined the opinion of the Court and filed separate, concurring opinions. Four Justices dissented. 478 U.S., at 199 (opinion of Blackmun, J., joined by Brennan, Marshall, and Stevens, JJ.); *id.*, at 214 (opinion of Stevens, J., joined by Brennan and Marshall, JJ.).

The Court began its substantive discussion in *Bowers* as follows: “The issue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy and hence invalidates the laws of the many States that still make such conduct illegal and have done so for a very long time.” *Id.*, at 190. That statement, we now conclude, discloses the Court’s own failure to appreciate the extent of the liberty at stake. To say that the issue in *Bowers* was simply the right to engage in certain sexual conduct demeans the claim the individual put forward, just as it would demean a married couple were it to be said marriage is simply about the right to have sexual intercourse. The laws involved in *Bowers* and here are, to be sure, statutes that purport to do no more than prohibit a particular sexual act. Their penalties and purposes, though, have more far-reaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home. The statutes do seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals.

This, as a general rule, should counsel against attempts by the State, or a court, to define the meaning of the relationship or to set its boundaries absent injury to a person or abuse of an institution the law protects. It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice.

Having misapprehended the claim of liberty there presented to it, and thus stating the claim to be whether there is a fundamental right to engage in consensual sodomy, the *Bowers* Court said: “Proscriptions against that conduct have ancient roots.” *Id.*, at 192. In academic writings, and in many of the scholarly *amicus* briefs filed to assist the Court in this case, there are fundamental criticisms of the historical premises relied upon by the majority and concurring opinions in *Bowers*. Brief for Cato Institute as *Amicus Curiae* 16–17; Brief for American Civil Liberties Union et al. as *Amici Curiae* 15–21; Brief for Professors of History et al. as *Amici Curiae* 3–10. We need not enter this debate in the attempt to reach a definitive historical judgment, but the following considerations counsel against adopting the definitive conclusions upon which *Bowers* placed such reliance.

At the outset it should be noted that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter. Beginning in colonial times there were prohibitions of sodomy derived from the English criminal laws passed in the first instance by the

Reformation Parliament of 1533. The English prohibition was understood to include relations between men and women as well as relations between men and men. See, e.g., *King v. Wiseman*, 92 Eng. Rep. 774, 775 (K. B. 1718) (interpreting “mankind” in Act of 1533 as including women and girls). Nineteenth-century commentators similarly read American sodomy, buggery, and crime-against-nature statutes as criminalizing certain relations between men and women and between men and men. See, e.g., 2 J. Bishop, *Criminal Law* §1028 (1858); 2 J. Chitty, *Criminal Law* 47–50 (5th Am. ed. 1847); R. Desty, *A Compendium of American Criminal Law* 143 (1882); J. May, *The Law of Crimes* §203 (2d ed. 1893). The absence of legal prohibitions focusing on homosexual conduct may be explained in part by noting that according to some scholars the concept of the homosexual as a distinct category of person did not emerge until the late 19th century. See, e.g., J. Katz, *The Invention of Heterosexuality* 10 (1995); J. D’Emilio & E. Freedman, *Intimate Matters: A History of Sexuality in America* 121 (2d ed. 1997) (“The modern terms *homosexuality* and *heterosexuality* do not apply to an era that had not yet articulated these distinctions”). Thus early American sodomy laws were not directed at homosexuals as such but instead sought to prohibit nonprocreative sexual activity more generally. This does not suggest approval of homosexual conduct. It does tend to show that this particular form of conduct was not thought of as a separate category from like conduct between heterosexual persons.

Laws prohibiting sodomy do not seem to have been enforced against consenting adults acting in private. A substantial number of sodomy prosecutions and convictions for which there are surviving records were for predatory acts against those who could not or did not consent, as in the case of a minor or the victim of an assault. As to these, one purpose for the prohibitions was to ensure there would be no lack of coverage if a predator committed a sexual assault that did not constitute rape as defined by the criminal law. Thus the model sodomy indictments presented in a 19th-century treatise, see 2 Chitty, *supra*, at 49, addressed the predatory acts of an adult man against a minor girl or minor boy. Instead of targeting relations between consenting adults in private, 19th-century sodomy prosecutions typically involved relations between men and minor girls or minor boys, relations between adults involving force, relations between adults implicating disparity in status, or relations between men and animals.

To the extent that there were any prosecutions for the acts in question, 19th-century evidence rules imposed a burden that would make a conviction more difficult to obtain even taking into account the problems always inherent in prosecuting consensual acts committed in private. Under then-prevailing standards, a man could not be convicted of sodomy based upon testimony of a consenting partner, because the partner was considered an accomplice. A partner’s testimony, however, was admissible if he or she had not consented to the act or was a minor, and therefore

incapable of consent. See, e.g., F. Wharton, *Criminal Law* 443 (2d ed. 1852); 1 F. Wharton, *Criminal Law* 512 (8th ed. 1880). The rule may explain in part the infrequency of these prosecutions. In all events that infrequency makes it difficult to say that society approved of a rigorous and systematic punishment of the consensual acts committed in private and by adults. The longstanding criminal prohibition of homosexual sodomy upon which the *Bowers* decision placed such reliance is as consistent with a general condemnation of nonprocreative sex as it is with an established tradition of prosecuting acts because of their homosexual character.

The policy of punishing consenting adults for private acts was not much discussed in the early legal literature. We can infer that one reason for this was the very private nature of the conduct. Despite the absence of prosecutions, there may have been periods in which there was public criticism of homosexuals as such and an insistence that the criminal laws be enforced to discourage their practices. But far from possessing “ancient roots,” *Bowers*, 478 U.S., at 192, American laws targeting same-sex couples did not develop until the last third of the 20th century. The reported decisions concerning the prosecution of consensual, homosexual sodomy between adults for the years 1880–1995 are not always clear in the details, but a significant number involved conduct in a public place. See Brief for American Civil Liberties Union et al. as *Amici Curiae* 14–15, and n. 18.

It was not until the 1970’s that any State singled out same-sex relations for criminal prosecution, and only nine States have done so. See 1977 Ark. Gen. Acts no. 828; 1983 Kan. Sess. Laws p. 652; 1974 Ky. Acts p. 847; 1977 Mo. Laws p. 687; 1973 Mont. Laws p. 1339; 1977 Nev. Stats. p. 1632; 1989 Tenn. Pub. Acts ch. 591; 1973 Tex. Gen. Laws ch. 399; see also *Post v. State*, 715 P.2d 1105 (Okla. Crim. App. 1986) (sodomy law invalidated as applied to different-sex couples). Post-*Bowers* even some of these States did not adhere to the policy of suppressing homosexual conduct. Over the course of the last decades, States with same-sex prohibitions have moved toward abolishing them. See, e.g., *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P.2d 112 (1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992); see also 1993 Nev. Stats. p. 518 (repealing Nev. Rev. Stat. §201.193).

In summary, the historical grounds relied upon in *Bowers* are more complex than the majority opinion and the concurring opinion by Chief Justice Burger indicate. Their historical premises are not without doubt and, at the very least, are overstated.

It must be acknowledged, of course, that the Court in *Bowers* was making the broader point that for centuries there have been powerful voices to

condemn homosexual conduct as immoral. The condemnation has been shaped by religious beliefs, conceptions of right and acceptable behavior, and respect for the traditional family. For many persons these are not trivial concerns but profound and deep convictions accepted as ethical and moral principles to which they aspire and which thus determine the course of their lives. These considerations do not answer the question before us, however. The issue is whether the majority may use the power of the State to enforce these views on the whole society through operation of the criminal law. "Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code." *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).

Chief Justice Burger joined the opinion for the Court in *Bowers* and further explained his views as follows: "Decisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to state intervention throughout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judeo-Christian moral and ethical standards." 478 U.S., at 196. As with Justice White's assumptions about history, scholarship casts some doubt on the sweeping nature of the statement by Chief Justice Burger as it pertains to private homosexual conduct between consenting adults. See, e.g., Eskridge, *Hardwick and Historiography*, 1999 U. Ill. L. Rev. 631, 656. In all events we think that our laws and traditions in the past half century are of most relevance here. These references show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex. "[H]istory and tradition are the starting point but not in all cases the ending point of the substantive due process inquiry." *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 857 (1998) (Kennedy, J., concurring).

This emerging recognition should have been apparent when *Bowers* was decided. In 1955 the American Law Institute promulgated the Model Penal Code and made clear that it did not recommend or provide for "criminal penalties for consensual sexual relations conducted in private." ALI, Model Penal Code §213.2, Comment 2, p. 372 (1980). It justified its decision on three grounds: (1) The prohibitions undermined respect for the law by penalizing conduct many people engaged in; (2) the statutes regulated private conduct not harmful to others; and (3) the laws were arbitrarily enforced and thus invited the danger of blackmail. ALI, Model Penal Code, Commentary 277—280 (Tent. Draft No. 4, 1955). In 1961 Illinois changed its laws to conform to the Model Penal Code. Other States soon followed. Brief for Cato Institute as *Amicus Curiae* 15—16.

In *Bowers* the Court referred to the fact that before 1961 all 50 States had outlawed sodomy, and that at the time of the Court's decision 24 States and the District of Columbia had sodomy laws. 478 U.S., at 192—193. Justice Powell pointed out that these prohibitions often were being ignored, however. Georgia, for instance, had not sought to enforce its law

for decades. *Id.*, at 197–198, n. 2 (“The history of nonenforcement suggests the moribund character today of laws criminalizing this type of private, consensual conduct”).

The sweeping references by Chief Justice Burger to the history of Western civilization and to Judeo-Christian moral and ethical standards did not take account of other authorities pointing in an opposite direction. A committee advising the British Parliament recommended in 1957 repeal of laws punishing homosexual conduct. The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (1963). Parliament enacted the substance of those recommendations 10 years later. Sexual Offences Act 1967, §1.

Of even more importance, almost five years before *Bowers* was decided the European Court of Human Rights considered a case with parallels to *Bowers* and to today’s case. An adult male resident in Northern Ireland alleged he was a practicing homosexual who desired to engage in consensual homosexual conduct. The laws of Northern Ireland forbade him that right. He alleged that he had been questioned, his home had been searched, and he feared criminal prosecution. The court held that the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights. *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) ¶52. Authoritative in all countries that are members of the Council of Europe (21 nations then, 45 nations now), the decision is at odds with the premise in *Bowers* that the claim put forward was insubstantial in our Western civilization.

In our own constitutional system the deficiencies in *Bowers* became even more apparent in the years following its announcement. The 25 States with laws prohibiting the relevant conduct referenced in the *Bowers* decision are reduced now to 13, of which 4 enforce their laws only against homosexual conduct. In those States where sodomy is still proscribed, whether for same-sex or heterosexual conduct, there is a pattern of nonenforcement with respect to consenting adults acting in private. The State of Texas admitted in 1994 that as of that date it had not prosecuted anyone under those circumstances. *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943.

Two principal cases decided after *Bowers* cast its holding into even more doubt. In *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), the Court reaffirmed the substantive force of the liberty protected by the Due Process Clause. The *Casey* decision again confirmed that our laws and tradition afford constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education. *Id.*, at 851. In explaining the respect the Constitution demands for the autonomy of the person in making these choices, we stated as follows:



" These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State." Ibid. Persons in a homosexual relationship may seek autonomy for these purposes, just as heterosexual persons do. The decision in *Bowers* would deny them this right.

The second post-*Bowers* case of principal relevance is *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). There the Court struck down class-based legislation directed at homosexuals as a violation of the Equal Protection Clause. *Romer* invalidated an amendment to Colorado's constitution which named as a solitary class persons who were homosexuals, lesbians, or bisexual either by "orientation, conduct, practices or relationships," *id.*, at 624 (internal quotation marks omitted), and deprived them of protection under state antidiscrimination laws. We concluded that the provision was "born of animosity toward the class of persons affected" and further that it had no rational relation to a legitimate governmental purpose. *Id.*, at 634.

As an alternative argument in this case, counsel for the petitioners and some *amici* contend that *Romer* provides the basis for declaring the Texas statute invalid under the Equal Protection Clause. That is a tenable argument, but we conclude the instant case requires us to address whether *Bowers* itself has continuing validity. Were we to hold the statute invalid under the Equal Protection Clause some might question whether a prohibition would be valid if drawn differently, say, to prohibit the conduct both between same-sex and different-sex participants.

Equality of treatment and the due process right to demand respect for conduct protected by the substantive guarantee of liberty are linked in important respects, and a decision on the latter point advances both interests. If protected conduct is made criminal and the law which does so remains unexamined for its substantive validity, its stigma might remain even if it were not enforceable as drawn for equal protection reasons. When homosexual conduct is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual persons to discrimination both in the public and in the private spheres. The central holding of *Bowers* has been brought in question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons.

The stigma this criminal statute imposes, moreover, is not trivial. The offense, to be sure, is but a class C misdemeanor, a minor offense in the Texas legal system. Still, it remains a criminal offense with all that imports for the dignity of the persons charged. The petitioners will bear on their

record the history of their criminal convictions. Just this Term we rejected various challenges to state laws requiring the registration of sex offenders. *Smith v. Doe*, 538 U.S. \_\_\_\_ (2003); *Connecticut Dept. of Public Safety v. Doe*, 538 U.S. 1 (2003). We are advised that if Texas convicted an adult for private, consensual homosexual conduct under the statute here in question the convicted person would come within the registration laws of a least four States were he or she to be subject to their jurisdiction. Pet. for Cert. 13, and n. 12 (citing Idaho Code §§18—8301 to 18—8326 (Cum. Supp. 2002); La. Code Crim. Proc. Ann., §§15:540—15:549 (West 2003); Miss. Code Ann. §§45—33—21 to 45—33—57 (Lexis 2003); S. C. Code Ann. §§23—3—400 to 23—3—490 (West 2002)). This underscores the consequential nature of the punishment and the state-sponsored condemnation attendant to the criminal prohibition. Furthermore, the Texas criminal conviction carries with it the other collateral consequences always following a conviction, such as notations on job application forms, to mention but one example.

The foundations of *Bowers* have sustained serious erosion from our recent decisions in *Casey* and *Romer*. When our precedent has been thus weakened, criticism from other sources is of greater significance. In the United States criticism of *Bowers* has been substantial and continuing, disapproving of its reasoning in all respects, not just as to its historical assumptions. See, e.g., C. Fried, *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution—A Firsthand Account* 81—84 (1991); R. Posner, *Sex and Reason* 341—350 (1992). The courts of five different States have declined to follow it in interpreting provisions in their own state constitutions parallel to the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, see *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (1998); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P.2d 112 (1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992).

To the extent *Bowers* relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in *Bowers* have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not *Bowers* but its own decision in *Dudgeon v. United Kingdom*. See *P. G. & J. H. v. United Kingdom*, App. No. 00044787/98, ¶56 (Eur. Ct. H. R., Sept. 25, 2001); *Modinos v. Cyprus*, 259 Eur. Ct. H. R. (1993); *Norris v. Ireland*, 142 Eur. Ct. H. R. (1988). Other nations, too, have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. See Brief for Mary Robinson et al. as *Amici Curiae* 11—12. The right the petitioners seek in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent.

The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. It is not, however, an inexorable command. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991) (“*Stare decisis* is not an inexorable command; rather, it ‘is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision’”) (quoting *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940))). In *Casey* we noted that when a Court is asked to overrule a precedent recognizing a constitutional liberty interest, individual or societal reliance on the existence of that liberty cautions with particular strength against reversing course. 505 U.S., at 855–856; see also *id.*, at 844 (“Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt”). The holding in *Bowers*, however, has not induced detrimental reliance comparable to some instances where recognized individual rights are involved. Indeed, there has been no individual or societal reliance on *Bowers* of the sort that could counsel against overturning its holding once there are compelling reasons to do so. *Bowers* itself causes uncertainty, for the precedents before and after its issuance contradict its central holding.

The rationale of *Bowers* does not withstand careful analysis. In his dissenting opinion in *Bowers* Justice Stevens came to these conclusions: “Our prior cases make two propositions abundantly clear. First, the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice; neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack. Second, individual decisions by married persons, concerning the intimacies of their physical relationship, even when not intended to produce offspring, are a form of “liberty” protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Moreover, this protection extends to intimate choices by unmarried as well as married persons.” 478 U.S., at 216 (footnotes and citations omitted). Justice Stevens’ analysis, in our view, should have been controlling in *Bowers* and should control here.

*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled.

The present case does not involve minors. It does not involve persons who might be injured or coerced or who are situated in relationships where consent might not easily be refused. It does not involve public conduct or prostitution. It does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter. The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due

Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. "It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter." *Casey, supra*, at 847. The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual.

Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom.

The judgment of the Court of Appeals for the Texas Fourteenth District is reversed, and the case is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion.

It is so ordered.

## Scalia, J., dissenting

Justice Scalia, with whom The Chief Justice and Justice Thomas join, dissenting.

"Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt." *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992). That was the Court's sententious response, barely more than a decade ago, to those seeking to overrule *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). The Court's response today, to those who have engaged in a 17-year crusade to overrule *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), is very different. The need for stability and certainty presents no barrier.

Most of the rest of today's opinion has no relevance to its actual holding—that the Texas statute "furthers no legitimate state interest which can justify" its application to petitioners under rational-basis review. *Ante*, at 18 (overruling *Bowers* to the extent it sustained Georgia's anti-sodomy statute under the rational-basis test). Though there is discussion of "fundamental proposition[s]," *ante*, at 4, and "fundamental decisions," *ibid.* nowhere does the Court's opinion declare that homosexual sodomy is a "fundamental right" under the Due Process Clause; nor does it subject the Texas law to the standard of review that would be appropriate (strict scrutiny) if homosexual sodomy were a "fundamental right." Thus, while overruling the *outcome* of *Bowers*, the Court leaves strangely untouched its central legal conclusion: "[R]espondent would have us announce ... a fundamental right to engage in homosexual sodomy. This we are quite unwilling to do." 478 U.S., at 191. Instead the Court simply describes petitioners' conduct as "an exercise of their liberty"—which it undoubtedly is—and proceeds to apply an unheard-of form of rational-basis review that will have far-reaching implications beyond this case. *Ante*, at 3.

**I**

I begin with the Court's surprising readiness to reconsider a decision rendered a mere 17 years ago in *Bowers v. Hardwick*. I do not myself believe in rigid adherence to *stare decisis* in constitutional cases; but I do believe that we should be consistent rather than manipulative in invoking the doctrine. Today's opinions in support of reversal do not bother to distinguish—or indeed, even bother to mention—the paean to *stare decisis* coauthored by three Members of today's majority in *Planned Parenthood v. Casey*. There, when *stare decisis* meant preservation of judicially invented abortion rights, the widespread criticism of *Roe* was strong reason to *reaffirm* it :

" Where, in the performance of its judicial duties, the Court decides a case in such a way as to resolve the sort of intensely divisive controversy reflected in *Roe*[,] ... its decision has a dimension that the resolution of the normal case does not carry... . [T]o overrule under fire in the absence of

the most compelling reason ... would subvert the Court's legitimacy beyond any serious question." 505 U.S., at 866—867.

Today, however, the widespread opposition to *Bowers*, a decision resolving an issue as "intensely divisive" as the issue in *Roe*, is offered as a reason in favor of *overruling* it. See *ante*, at 15—16. Gone, too, is any "enquiry" (of the sort conducted in *Casey*) into whether the decision sought to be overruled has "proven 'unworkable,' " *Casey, supra*, at 855.

Today's approach to *stare decisis* invites us to overrule an erroneously decided precedent (including an "intensely divisive" decision) *if*: (1) its foundations have been "eroded" by subsequent decisions, *ante*, at 15; (2) it has been subject to "substantial and continuing" criticism, *ibid.*; and (3) it has not induced "individual or societal reliance" that counsels against overturning, *ante*, at 16. The problem is that *Roe* itself—which today's majority surely has no disposition to overrule—satisfies these conditions to at least the same degree as *Bowers*.

(1) A preliminary digressive observation with regard to the first factor: The Court's claim that *Planned Parenthood v. Casey, supra*, "casts some doubt" upon the holding in *Bowers* (or any other case, for that matter) does not withstand analysis. *Ante*, at 10. As far as its holding is concerned, *Casey* provided a *less* expansive right to abortion than did *Roe*, which was already on the books when *Bowers* was decided. And if the Court is referring not to the holding of *Casey*, but to the dictum of its famed sweet-mystery-of-life passage, *ante*, at 13 (" 'At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life' "): That "casts some doubt" upon either the totality of our jurisprudence or else (presumably the right answer) nothing at all. I have never heard of a law that attempted to restrict one's "right to define" certain concepts; and if the passage calls into question the government's power to regulate *actions based on* one's self-defined "concept of existence, etc.," it is the passage that ate the rule of law.

I do not quarrel with the Court's claim that *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), "eroded" the "foundations" of *Bowers'* rational-basis holding. See *Romer, supra*, at 640—643 (Scalia, J., dissenting).) But *Roe* and *Casey* have been equally "eroded" by *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997), which held that *only* fundamental rights which are " 'deeply rooted in this Nation's history and tradition' " qualify for anything other than rational basis scrutiny under the doctrine of "substantive due process." *Roe* and *Casey*, of course, subjected the restriction of abortion to heightened scrutiny without even attempting to establish that the freedom to abort *was* rooted in this Nation's tradition.

(2) *Bowers*, the Court says, has been subject to "substantial and continuing [criticism], disapproving of its reasoning in all respects, not just as to its historical assumptions." *Ante*, at 15. Exactly what those

nonhistorical criticisms are, and whether the Court even agrees with them, are left unsaid, although the Court does cite two books. See *ibid.* (citing C. Fried, *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution—A Firsthand Account* 81–84 (1991); R. Posner, *Sex and Reason* 341–350 (1992)).<sup>1</sup> Of course, *Roe* too (and by extension *Casey*) had been (and still is) subject to unrelenting criticism, including criticism from the two commentators cited by the Court today. See Fried, *supra*, at 75 (“*Roe* was a prime example of twisted judging”); Posner, *supra*, at 337 (“[The Court’s] opinion in *Roe* ... fails to measure up to professional expectations regarding judicial opinions”); Posner, *Judicial Opinion Writing*, 62 U. Chi. L. Rev. 1421, 1434 (1995) (describing the opinion in *Roe* as an “embarrassing performanc[e]”).

(3) That leaves, to distinguish the rock-solid, unamendable disposition of *Roe* from the readily overrulable *Bowers*, only the third factor. “[T]here has been,” the Court says, “no individual or societal reliance on *Bowers* of the sort that could counsel against overturning its holding ... .” *Ante*, at 16. It seems to me that the “societal reliance” on the principles confirmed in *Bowers* and discarded today has been overwhelming. Countless judicial decisions and legislative enactments have relied on the ancient proposition that a governing majority’s belief that certain sexual behavior is “immoral and unacceptable” constitutes a rational basis for regulation. See, e.g., *Williams v. Pryor*, 240 F.3d 944, 949 (CA11 2001) (citing *Bowers* in upholding Alabama’s prohibition on the sale of sex toys on the ground that “[t]he crafting and safeguarding of public morality ... indisputably is a legitimate government interest under rational basis scrutiny”); *Milner v. Apfel*, 148 F.3d 812, 814 (CA7 1998) (citing *Bowers* for the proposition that “[l]egislatures are permitted to legislate with regard to morality ... rather than confined to preventing demonstrable harms”); *Holmes v. California Army National Guard* 124 F.3d 1126, 1136 (CA9 1997) (relying on *Bowers* in upholding the federal statute and regulations banning from military service those who engage in homosexual conduct); *Owens v. State*, 352 Md. 663, 683, 724 A. 2d 43, 53 (1999) (relying on *Bowers* in holding that “a person has no constitutional right to engage in sexual intercourse, at least outside of marriage”); *Sherman v. Henry*, 928 S. W. 2d 464, 469–473 (Tex. 1996) (relying on *Bowers* in rejecting a claimed constitutional right to commit adultery). We ourselves relied extensively on *Bowers* when we concluded, in *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560, 569 (1991), that Indiana’s public indecency statute furthered “a substantial government interest in protecting order and morality,” *ibid.*, (plurality opinion); see also *id.*, at 575 (Scalia, J., concurring in judgment). State laws against bigamy, same-sex marriage, adult incest, prostitution, masturbation, adultery, fornication, bestiality, and obscenity are likewise sustainable only in light of *Bowers*’ validation of laws based on moral choices. Every single one of these laws is called into question by today’s decision; the Court makes no effort to cabin the scope of its decision to exclude them from its holding. See *ante*, at 11 (noting “an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult

persons in deciding how to conduct their private lives *in matters pertaining to sex*" (emphasis added)). The impossibility of distinguishing homosexuality from other traditional "morals" offenses is precisely why *Bowers* rejected the rational-basis challenge. "The law," it said, "is constantly based on notions of morality, and if all laws representing essentially moral choices are to be invalidated under the Due Process Clause, the courts will be very busy indeed." 478 U.S., at 196.<sup>2</sup>

What a massive disruption of the current social order, therefore, the overruling of *Bowers* entails. Not so the overruling of *Roe*, which would simply have restored the regime that existed for centuries before 1973, in which the permissibility of and restrictions upon abortion were determined legislatively State-by-State. *Casey*, however, chose to base its *stare decisis* determination on a different "sort" of reliance. "[P]eople," it said, "have organized intimate relationships and made choices that define their views of themselves and their places in society, in reliance on the availability of abortion in the event that contraception should fail." 505 U.S., at 856. This falsely assumes that the consequence of overruling *Roe* would have been to make abortion unlawful. It would not; it would merely have *permitted* the States to do so. Many States would unquestionably have declined to prohibit abortion, and others would not have prohibited it within six months (after which the most significant reliance interests would have expired). Even for persons in States other than these, the choice would not have been between abortion and childbirth, but between abortion nearby and abortion in a neighboring State.

To tell the truth, it does not surprise me, and should surprise no one, that the Court has chosen today to revise the standards of *stare decisis* set forth in *Casey*. It has thereby exposed *Casey*'s extraordinary deference to precedent for the result-oriented expedient that it is.

## **II**

Having decided that it need not adhere to *stare decisis*, the Court still must establish that *Bowers* was wrongly decided and that the Texas statute, as applied to petitioners, is unconstitutional.

Texas Penal Code Ann. §21.06(a) (2003) undoubtedly imposes constraints on liberty. So do laws prohibiting prostitution, recreational use of heroin, and, for that matter, working more than 60 hours per week in a bakery. But there is no right to "liberty" under the Due Process Clause, though today's opinion repeatedly makes that claim. *Ante*, at 6 ("The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice"); *ante*, at 13 ("`These matters ... are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment'"); *ante*, at 17 ("Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government"). The



Fourteenth Amendment *expressly allows* States to deprive their citizens of “liberty,” so long as “due process of law” is provided:  
 “No state shall ... deprive any person of life, liberty, or property, *without due process of law.*” Amdt. 14 (emphasis added).

Our opinions applying the doctrine known as “substantive due process” hold that the Due Process Clause prohibits States from infringing *fundamental* liberty interests, unless the infringement is narrowly tailored to serve a compelling state interest. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., at 721. We have held repeatedly, in cases the Court today does not overrule, that *only* fundamental rights qualify for this so-called “heightened scrutiny” protection—that is, rights which are “‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition,’ ” *ibid.* See *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 303 (1993) (fundamental liberty interests must be “so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental” (internal quotation marks and citations omitted)); *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 751 (1987) (same). See also *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 122 (1989) (“[W]e have insisted not merely that the interest denominated as a ‘liberty’ be ‘fundamental’ ... but also that it be an interest traditionally protected by our society”); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977) (plurality opinion); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923) (Fourteenth Amendment protects “those privileges *long recognized at common law* as essential to the orderly pursuit of happiness by free men” (emphasis added)).<sup>3</sup> All other liberty interests may be abridged or abrogated pursuant to a validly enacted state law if that law is rationally related to a legitimate state interest.

*Bowers* held, first, that criminal prohibitions of homosexual sodomy are not subject to heightened scrutiny because they do not implicate a “fundamental right” under the Due Process Clause, 478 U.S., at 191–194. Noting that “[p]roscriptions against that conduct have ancient roots,” *id.*, at 192, that “[s]odomy was a criminal offense at common law and was forbidden by the laws of the original 13 States when they ratified the Bill of Rights,” *ibid.*, and that many States had retained their bans on sodomy, *id.*, at 193, *Bowers* concluded that a right to engage in homosexual sodomy was not “‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition,’ ” *id.*, at 192.

The Court today does not overrule this holding. Not once does it describe homosexual sodomy as a “fundamental right” or a “fundamental liberty interest,” nor does it subject the Texas statute to strict scrutiny. Instead, having failed to establish that the right to homosexual sodomy is “‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition,’ ” the Court concludes that the application of Texas’s statute to petitioners’ conduct fails the rational-basis test, and overrules *Bowers*’ holding to the contrary, see *id.*, at 196. “The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify

its intrusion into the personal and private life of the individual.” *Ante*, at 18.

I shall address that rational-basis holding presently. First, however, I address some aspersions that the Court casts upon *Bowers*’ conclusion that homosexual sodomy is not a “fundamental right”—even though, as I have said, the Court does not have the boldness to reverse that conclusion.

### **III**

The Court’s description of “the state of the law” at the time of *Bowers* only confirms that *Bowers* was right. *Ante*, at 5. The Court points to *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 481–482 (1965). But that case *expressly disclaimed* any reliance on the doctrine of “substantive due process,” and grounded the so-called “right to privacy” in penumbras of constitutional provisions *other than* the Due Process Clause. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), likewise had nothing to do with “substantive due process”; it invalidated a Massachusetts law prohibiting the distribution of contraceptives to unmarried persons solely on the basis of the Equal Protection Clause. Of course *Eisenstadt* contains well known dictum relating to the “right to privacy,” but this referred to the right recognized in *Griswold*—a right penumbral to the *specific* guarantees in the Bill of Rights, and not a “substantive due process” right.

*Roe v. Wade* recognized that the right to abort an unborn child was a “fundamental right” protected by the Due Process Clause. 410 U.S., at 155. The *Roe* Court, however, made no attempt to establish that this right was “‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’”; instead, it based its conclusion that “the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty ... is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy” on its own normative judgment that anti-abortion laws were undesirable. See *id.*, at 153. We have since rejected *Roe*’s holding that regulations of abortion must be narrowly tailored to serve a compelling state interest, see *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S., at 876 (joint opinion of O’Connor, Kennedy, and Souter, JJ.); *id.*, at 951–953 (Rehnquist, C. J., concurring in judgment in part and dissenting in part)—and thus, by logical implication, *Roe*’s holding that the right to abort an unborn child is a “fundamental right.” See 505 U.S., at 843–912 (joint opinion of O’Connor, Kennedy, and Souter, JJ.) (not once describing abortion as a “fundamental right” or a “fundamental liberty interest”).

After discussing the history of antisodomy laws, *ante*, at 7–10, the Court proclaims that, “it should be noted that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter,” *ante*, at 7. This observation in no way casts into doubt the “definitive [historical] conclusion,” *id.*, on which *Bowers* relied: that our Nation has a

longstanding history of laws prohibiting *sodomy in general*—regardless of whether it was performed by same-sex or opposite-sex couples:

“It is obvious to us that neither of these formulations would extend a fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy. Proscriptions against that conduct have ancient roots. *Sodomy* was a criminal offense at common law and was forbidden by the laws of the original 13 States when they ratified the Bill of Rights. In 1868, when the Fourteenth Amendment was ratified, all but 5 of the 37 States in the Union had *criminal sodomy laws*. In fact, until 1961, all 50 States outlawed *sodomy*, and today, 24 States and the District of Columbia continue to provide criminal penalties for *sodomy* performed in private and between consenting adults. Against this background, to claim that a right to engage in such conduct is ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’ or ‘implicit in the concept of ordered liberty’ is, at best, facetious.” 478 U.S., at 192–194 (citations and footnotes omitted; emphasis added).

It is (as *Bowers* recognized) entirely irrelevant whether the laws in our long national tradition criminalizing homosexual sodomy were “directed at homosexual conduct as a distinct matter.” *Ante*, at 7. Whether homosexual sodomy was prohibited by a law targeted at same-sex sexual relations or by a more general law prohibiting both homosexual and heterosexual sodomy, the only relevant point is that it *was* criminalized—which suffices to establish that homosexual sodomy is not a right “deeply rooted in our Nation’s history and tradition.” The Court today agrees that homosexual sodomy was criminalized and thus does not dispute the facts on which *Bowers actually* relied.

Next the Court makes the claim, again unsupported by any citations, that “[l]aws prohibiting sodomy do not seem to have been enforced against consenting adults acting in private.” *Ante*, at 8. The key qualifier here is “acting in private”—since the Court admits that sodomy laws *were* enforced against consenting adults (although the Court contends that prosecutions were “infrequent,” *ante*, at 9). I do not know what “acting in private” means; surely consensual sodomy, like heterosexual intercourse, is rarely performed on stage. If all the Court means by “acting in private” is “on private premises, with the doors closed and windows covered,” it is entirely unsurprising that evidence of enforcement would be hard to come by. (Imagine the circumstances that would enable a search warrant to be obtained for a residence on the ground that there was probable cause to believe that consensual sodomy was then and there occurring.) Surely that lack of evidence would not sustain the proposition that consensual sodomy on private premises with the doors closed and windows covered was regarded as a “fundamental right,” even though all other consensual sodomy was criminalized. There are 203 prosecutions for consensual, adult homosexual sodomy reported in the West Reporting system and official state reporters from the years 1880–1995. See W. Eskridge, *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* 375 (1999) (hereinafter

Gaylaw). There are also records of 20 sodomy prosecutions and 4 executions during the colonial period. J. Katz, *Gay/Lesbian Almanac* 29, 58, 663 (1983). *Bowers'* conclusion that homosexual sodomy is not a fundamental right "deeply rooted in this Nation's history and tradition" is utterly unassailable.

Realizing that fact, the Court instead says: "[W]e think that our laws and traditions in the past half century are of most relevance here. These references show *an emerging awareness* that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives *in matters pertaining to sex.*" *Ante*, at 11 (emphasis added). Apart from the fact that such an "emerging awareness" does not establish a "fundamental right," the statement is factually false. States continue to prosecute all sorts of crimes by adults "in matters pertaining to sex": prostitution, adult incest, adultery, obscenity, and child pornography. Sodomy laws, too, have been enforced "in the past half century," in which there have been 134 reported cases involving prosecutions for consensual, adult, homosexual sodomy. Gaylaw 375. In relying, for evidence of an "emerging recognition," upon the American Law Institute's 1955 recommendation not to criminalize "'consensual sexual relations conducted in private,'" *ante*, at 11, the Court ignores the fact that this recommendation was "a point of resistance in most of the states that considered adopting the Model Penal Code." Gaylaw 159.

In any event, an "emerging awareness" is by definition not "deeply rooted in this Nation's history and tradition[s]," as we have said "fundamental right" status requires. Constitutional entitlements do not spring into existence because some States choose to lessen or eliminate criminal sanctions on certain behavior. Much less do they spring into existence, as the Court seems to believe, because *foreign nations* decriminalize conduct. The *Bowers* majority opinion *never* relied on "values we share with a wider civilization," *ante*, at 16, but rather rejected the claimed right to sodomy on the ground that such a right was not "'deeply rooted in *this Nation's* history and tradition,'" 478 U.S., at 193–194 (emphasis added). *Bowers'* rational-basis holding is likewise devoid of any reliance on the views of a "wider civilization," see *id.*, at 196. The Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans." *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, n. (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari).

#### **IV**

I turn now to the ground on which the Court squarely rests its holding: the contention that there is no rational basis for the law here under attack. This proposition is so out of accord with our jurisprudence—indeed,

with the jurisprudence of *any* society we know—that it requires little discussion.

The Texas statute undeniably seeks to further the belief of its citizens that certain forms of sexual behavior are “immoral and unacceptable,” *Bowers, supra*, at 196—the same interest furthered by criminal laws against fornication, bigamy, adultery, adult incest, bestiality, and obscenity. *Bowers* held that this was a legitimate state interest. The Court today reaches the opposite conclusion. The Texas statute, it says, “furthers *no legitimate state interest* which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual,” *ante*, at 18 (emphasis added). The Court embraces instead Justice Stevens’ declaration in his *Bowers* dissent, that “the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice,” *ante*, at 17. This effectively decrees the end of all morals legislation. If, as the Court asserts, the promotion of majoritarian sexual morality is not even a *legitimate* state interest, none of the above-mentioned laws can survive rational-basis review.

## **V**

Finally, I turn to petitioners’ equal-protection challenge, which no Member of the Court save Justice O’Connor, *ante*, at 1 (opinion concurring in judgment), embraces: On its face §21.06(a) applies equally to all persons. Men and women, heterosexuals and homosexuals, are all subject to its prohibition of deviate sexual intercourse with someone of the same sex. To be sure, §21.06 does distinguish between the sexes insofar as concerns the partner with whom the sexual acts are performed: men can violate the law only with other men, and women only with other women. But this cannot itself be a denial of equal protection, since it is precisely the same distinction regarding partner that is drawn in state laws prohibiting marriage with someone of the same sex while permitting marriage with someone of the opposite sex.

The objection is made, however, that the antimiscegenation laws invalidated in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 8 (1967), similarly were applicable to whites and blacks alike, and only distinguished between the races insofar as the *partner* was concerned. In *Loving*, however, we correctly applied heightened scrutiny, rather than the usual rational-basis review, because the Virginia statute was “designed to maintain White Supremacy.” *Id.*, at 6, 11. A racially discriminatory purpose is always sufficient to subject a law to strict scrutiny, even a facially neutral law that makes no mention of race. See *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 241–242 (1976). No purpose to discriminate against men or women as a class can be gleaned from the Texas law, so rational-basis review applies. That review is readily satisfied here by the same rational basis that satisfied it in *Bowers*—society’s belief that certain forms of sexual behavior are

"immoral and unacceptable," 478 U.S., at 196. This is the same justification that supports many other laws regulating sexual behavior that make a distinction based upon the identity of the partner—for example, laws against adultery, fornication, and adult incest, and laws refusing to recognize homosexual marriage.

Justice O'Connor argues that the discrimination in this law which must be justified is not its discrimination with regard to the sex of the partner but its discrimination with regard to the sexual proclivity of the principal actor.

"While it is true that the law applies only to conduct, the conduct targeted by this law is conduct that is closely correlated with being homosexual. Under such circumstances, Texas' sodomy law is targeted at more than conduct. It is instead directed toward gay persons as a class." *Ante*, at 5. Of course the same could be said of any law. A law against public nudity targets "the conduct that is closely correlated with being a nudist," and hence "is targeted at more than conduct"; it is "directed toward nudists as a class." But be that as it may. Even if the Texas law *does* deny equal protection to "homosexuals as a class," that denial *still* does not need to be justified by anything more than a rational basis, which our cases show is satisfied by the enforcement of traditional notions of sexual morality.

Justice O'Connor simply decrees application of "a more searching form of rational basis review" to the Texas statute. *Ante*, at 2. The cases she cites do not recognize such a standard, and reach their conclusions only after finding, as required by conventional rational-basis analysis, that no conceivable legitimate state interest supports the classification at issue. See *Romer v. Evans*, 517 U.S., at 635; *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432, 448—450 (1985); *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534—538 (1973). Nor does Justice O'Connor explain precisely what her "more searching form" of rational-basis review consists of. It must at least mean, however, that laws exhibiting "a ... desire to harm a politically unpopular group," *ante*, at 2, are invalid *even though* there may be a conceivable rational basis to support them.

This reasoning leaves on pretty shaky grounds state laws limiting marriage to opposite-sex couples. Justice O'Connor seeks to preserve them by the conclusory statement that "preserving the traditional institution of marriage" is a legitimate state interest. *Ante*, at 7. But "preserving the traditional institution of marriage" is just a kinder way of describing the State's *moral disapproval* of same-sex couples. Texas's interest in §21.06 could be recast in similarly euphemistic terms: "preserving the traditional sexual mores of our society." In the jurisprudence Justice O'Connor has seemingly created, judges can validate laws by characterizing them as "preserving the traditions of society" (good); or invalidate them by characterizing them as "expressing moral disapproval" (bad).

\* \* \*

Today's opinion is the product of a Court, which is the product of a law-profession culture, that has largely signed on to the so-called homosexual agenda, by which I mean the agenda promoted by some homosexual activists directed at eliminating the moral opprobrium that has traditionally attached to homosexual conduct. I noted in an earlier opinion the fact that the American Association of Law Schools (to which any reputable law school *must* seek to belong) excludes from membership any school that refuses to ban from its job-interview facilities a law firm (no matter how small) that does not wish to hire as a prospective partner a person who openly engages in homosexual conduct. See *Romer, supra*, at 653.

One of the most revealing statements in today's opinion is the Court's grim warning that the criminalization of homosexual conduct is "an invitation to subject homosexual persons to discrimination both in the public and in the private spheres." *Ante*, at 14. It is clear from this that the Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed. Many Americans do not want persons who openly engage in homosexual conduct as partners in their business, as scoutmasters for their children, as teachers in their children's schools, or as boarders in their home. They view this as protecting themselves and their families from a lifestyle that they believe to be immoral and destructive. The Court views it as "discrimination" which it is the function of our judgments to deter. So imbued is the Court with the law profession's anti-anti-homosexual culture, that it is seemingly unaware that the attitudes of that culture are not obviously "mainstream"; that in most States what the Court calls "discrimination" against those who engage in homosexual acts is perfectly legal; that proposals to ban such "discrimination" under Title VII have repeatedly been rejected by Congress, see Employment Non-Discrimination Act of 1994, S. 2238, 103d Cong., 2d Sess. (1994); Civil Rights Amendments, H. R. 5452, 94th Cong., 1st Sess. (1975); that in some cases such "discrimination" is *mandated* by federal statute, see 10 U.S.C. § 654(b)(1) (mandating discharge from the armed forces of any service member who engages in or intends to engage in homosexual acts); and that in some cases such "discrimination" is a constitutional right, see *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

Let me be clear that I have nothing against homosexuals, or any other group, promoting their agenda through normal democratic means. Social perceptions of sexual and other morality change over time, and every group has the right to persuade its fellow citizens that its view of such matters is the best. That homosexuals have achieved some success in that enterprise is attested to by the fact that Texas is one of the few remaining States that criminalize private, consensual homosexual acts. But persuading one's fellow citizens is one thing, and imposing one's views

in absence of democratic majority will is something else. I would no more *require* a State to criminalize homosexual acts—or, for that matter, display *any* moral disapprobation of them—than I would *forbid* it to do so. What Texas has chosen to do is well within the range of traditional democratic action, and its hand should not be stayed through the invention of a brand-new “constitutional right” by a Court that is impatient of democratic change. It is indeed true that “later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress,” *ante*, at 18; and when that happens, later generations can repeal those laws. But it is the premise of our system that those judgments are to be made by the people, and not imposed by a governing caste that knows best.

One of the benefits of leaving regulation of this matter to the people rather than to the courts is that the people, unlike judges, need not carry things to their logical conclusion. The people may feel that their disapprobation of homosexual conduct is strong enough to disallow homosexual marriage, but not strong enough to criminalize private homosexual acts—and may legislate accordingly. The Court today pretends that it possesses a similar freedom of action, so that that we need not fear judicial imposition of homosexual marriage, as has recently occurred in Canada (in a decision that the Canadian Government has chosen not to appeal). See *Halpern v. Toronto*, 2003 WL 34950 (Ontario Ct. App.); Cohen, Dozens in Canada Follow Gay Couple’s Lead, *Washington Post*, June 12, 2003, p. A25. At the end of its opinion—after having laid waste the foundations of our rational-basis jurisprudence—the Court says that the present case “does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter.” *Ante*, at 17. Do not believe it. More illuminating than this bald, unreasoned disclaimer is the progression of thought displayed by an earlier passage in the Court’s opinion, which notes the constitutional protections afforded to “personal decisions relating to *marriage*, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education,” and then declares that “[p]ersons in a homosexual relationship may seek autonomy for these purposes, just as heterosexual persons do.” *Ante*, at 13 (emphasis added). Today’s opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions, insofar as formal recognition in marriage is concerned. If moral disapprobation of homosexual conduct is “no legitimate state interest” for purposes of proscribing that conduct, *ante*, at 18; and if, as the Court coos (casting aside all pretense of neutrality), “[w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring,” *ante*, at 6; what justification could there possibly be for denying the benefits of marriage to homosexual couples exercising “[t]he liberty protected by the Constitution,” *ibid.*? Surely not the encouragement of procreation, since the sterile and the elderly are allowed to marry. This case “does not involve” the issue of homosexual marriage only if one entertains the belief



that principle and logic have nothing to do with the decisions of this Court. Many will hope that, as the Court comfortingly assures us, this is so.

The matters appropriate for this Court's resolution are only three: Texas's prohibition of sodomy neither infringes a "fundamental right" (which the Court does not dispute), nor is unsupported by a rational relation to what the Constitution considers a legitimate state interest, nor denies the equal protection of the laws. I dissent.

---

## Notes

1. This last-cited critic of *Bowers* actually writes: "[*Bowers*] is correct nevertheless that the right to engage in homosexual acts is not deeply rooted in America's history and tradition." Posner, *Sex and Reason*, at 343.

2. While the Court does not overrule *Bowers*' holding that homosexual sodomy is not a "fundamental right," it is worth noting that the "societal reliance" upon that aspect of the decision has been substantial as well. See 10 U.S.C. § 654(b)(1) ("A member of the armed forces shall be separated from the armed forces ... if ... the member has engaged in ... a homosexual act or acts"); *Marcum v. McWhorter*, 308 F.3d 635, 640–642 (CA6 2002) (relying on *Bowers* in rejecting a claimed fundamental right to commit adultery); *Mullins v. Oregon*, 57 F.3d 789, 793–794 (CA9 1995) (relying on *Bowers* in rejecting a grandparent's claimed "fundamental liberty interes[t]" in the adoption of her grandchildren); *Doe v. Wigginton*, 21 F.3d 733, 739–740 (CA6 1994) (relying on *Bowers* in rejecting a prisoner's claimed "fundamental right" to on-demand HIV testing); *Schowengerdt v. United States*, 944 F.2d 483, 490 (CA9 1991) (relying on *Bowers* in upholding a bisexual's discharge from the armed services); *Charles v. Baesler*, 910 F.2d 1349, 1353 (CA6 1990) (relying on *Bowers* in rejecting fire department captain's claimed "fundamental" interest in a promotion); *Henne v. Wright*, 904 F.2d 1208, 1214–1215 (CA8 1990) (relying on *Bowers* in rejecting a claim that state law restricting surnames that could be given to children at birth implicates a "fundamental right"); *Walls v. Petersburg*, 895 F.2d 188, 193 (CA4 1990) (relying on *Bowers* in rejecting substantive-due-process challenge to a police department questionnaire that asked prospective employees about homosexual activity); *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office*, 895 F.2d 563, 570–571 (CA9 1988) (relying on *Bowers*' holding that homosexual activity is not a fundamental right in rejecting—on the basis of the rational-basis standard—an equal-protection challenge to the Defense Department's policy of conducting expanded investigations into backgrounds of gay and lesbian applicants for secret and top-secret security clearance).

3. The Court is quite right that "history and tradition are the starting point but not in all cases the ending point of the substantive due process inquiry," *ante*, at 11. An asserted "fundamental liberty interest" must not only be "deeply rooted in this Nation's history and tradition," *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997), but it must *also* be "implicit in the concept of ordered liberty," so that "neither liberty nor justice would exist if [it] were sacrificed," *ibid.* Moreover, liberty interests unsupported by history and tradition, though not deserving of "heightened scrutiny," are *still* protected from state laws that are not rationally related to any legitimate state interest. *Id.*, at 722. As I proceed to discuss, it is this latter principle that the Court applies in the present case.



Cour suprême des États-Unis d'Amérique  
Obergefell *et al.* contre Hodges, Director, Ohio Department of  
health, *et al.*  
Affaires 14-556, 14-562, 14-571 et 14-574  
26 juin 2015



Justice Kennedy delivered the opinion of the Court.

The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex.

## **I**

These cases come from Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee, States that define marriage as a union between one man and one woman. See, e.g., Mich. Const., Art. I, 25; Ky. Const. 233A; Ohio Rev. Code Ann. 3101.01 (Lexis 2008); Tenn. Const., Art. XI, 18. The petitioners are 14 same-sex couples and two men whose same-sex partners are deceased. The respondents are state officials responsible for enforcing the laws in question. The petitioners claim the respondents violate the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have their marriages, lawfully performed in another State, given full recognition.

Petitioners filed these suits in United States District Courts in their home States. Each District Court ruled in their favor. Citations to those cases are in Appendix A, *infra*. The respondents appealed the decisions against them to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. It consolidated the cases and reversed the judgments of the District Courts. *DeBoerv. Snyder*, 772 F. 3d 388 (2014). The Court of Appeals held that a State has no constitutional obligation to license same-sex marriages or to recognize same-sex marriages performed out of State.

The petitioners sought certiorari. This Court granted review, limited to two questions. 574 U. S. \_\_\_\_ (2015). The first, presented by the cases from Michigan and Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex. The second, presented by the cases from Ohio, Tennessee, and, again, Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to recognize a same-sex marriage licensed and performed in a State which does grant that right.

## **II**

**Before addressing the principles and precedents that govern these cases, it is appropriate to note the history of the subject now before the Court.**

## **A**

From their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage. The lifelong union of a man and a woman always has promised nobility and dignity to all persons, without regard to their station in life. Marriage is sacred to those who live by their religions and offers unique fulfillment to those who find meaning in the secular realm. Its dynamic allows two people to find a life that could not be found alone, for a marriage becomes greater than just the two persons. Rising from the most basic human needs, marriage is essential to our most profound hopes and aspirations.

The centrality of marriage to the human condition makes it unsurprising that the institution has existed for millennia and across civilizations. Since the dawn of history, marriage has transformed strangers into relatives, binding families and societies together. Confucius taught that marriage lies at the foundation of government. 2 Li Chi: Book of Rites 266 (C. Chai & W. Chai eds., J. Legge transl. 1967). This wisdom was echoed centuries later and half a world away by Cicero, who wrote, "The first bond of society is marriage; next, children; and then the family." See *De Officiis* 57 (W. Miller transl. 1913). There are untold references to the beauty of marriage in religious and philosophical texts spanning time, cultures, and faiths, as well as in art and literature in all their forms. It is fair and necessary to say these references were based on the understanding that marriage is a union between two persons of the opposite sex.

That history is the beginning of these cases. The respondents say it should be the end as well. To them, it would demean a timeless institution if the concept and lawful status of marriage were extended to two persons of the same sex. Marriage, in their view, is by its nature a gender-differentiated union of man and woman. This view long has been held and continues to be held in good faith by reasonable and sincere people here and throughout the world.

The petitioners acknowledge this history but contend that these cases cannot end there. Were their intent to demean the revered idea and reality of marriage, the petitioners' claims would be of a different order. But that is neither their purpose nor their submission. To the contrary, it is the enduring importance of marriage that underlies the petitioners' contentions. This, they say, is their whole point. Far from seeking to devalue marriage, the petitioners seek it for themselves because of their respect and need for its privileges and responsibilities. And their immutable nature dictates that same-sex marriage is their only real path to this profound commitment.

Recounting the circumstances of three of these cases illustrates the urgency of the petitioners' cause from their perspective. Petitioner James Obergefell, a plaintiff in the Ohio case, met John Arthur over two decades

ago. They fell in love and started a life together, establishing a lasting, committed relation. In 2011, however, Arthur was diagnosed with amyotrophic lateral sclerosis, or ALS. This debilitating disease is progressive, with no known cure. Two years ago, Obergefell and Arthur decided to commit to one another, resolving to marry before Arthur died. To fulfill their mutual promise, they traveled from Ohio to Maryland, where same-sex marriage was legal. It was difficult for Arthur to move, and so the couple were wed inside a medical transport plane as it remained on the tarmac in Baltimore. Three months later, Arthur died. Ohio law does not permit Obergefell to be listed as the surviving spouse on Arthur's death certificate. By statute, they must remain strangers even in death, a state-imposed separation Obergefell deems "hurtful for the rest of time." App. in No. 14 556 etc., p. 38. He brought suit to be shown as the surviving spouse on Arthur's death certificate.

April DeBoer and Jayne Rowse are co-plaintiffs in the case from Michigan. They celebrated a commitment ceremony to honor their permanent relation in 2007. They both work as nurses, DeBoer in a neonatal unit and Rowse in an emergency unit. In 2009, DeBoer and Rowse fostered and then adopted a baby boy. Later that same year, they welcomed another son into their family. The new baby, born prematurely and abandoned by his biological mother, required around-the-clock care. The next year, a baby girl with special needs joined their family. Michigan, however, permits only opposite-sex married couples or single individuals to adopt, so each child can have only one woman as his or her legal parent. If an emergency were to arise, schools and hospitals may treat the three children as if they had only one parent. And, were tragedy to befall either DeBoer or Rowse, the other would have no legal rights over the children she had not been permitted to adopt. This couple seeks relief from the continuing uncertainty their unmarried status creates in their lives.

Army Reserve Sergeant First Class Ijpe DeKoe and his partner Thomas Kostura, co-plaintiffs in the Tennessee case, fell in love. In 2011, DeKoe received orders to deploy to Afghanistan. Before leaving, he and Kostura married in New York. A week later, DeKoe began his deployment, which lasted for almost a year. When he returned, the two settled in Tennessee, where DeKoe works full-time for the Army Reserve. Their lawful marriage is stripped from them whenever they reside in Tennessee, returning and disappearing as they travel across state lines. DeKoe, who served this Nation to preserve the freedom the Constitution protects, must endure a substantial burden.

The cases now before the Court involve other petitioners as well, each with their own experiences. Their stories reveal that they seek not to denigrate marriage but rather to live their lives, or honor their spouses' memory, joined by its bond.

**B**

The ancient origins of marriage confirm its centrality, but it has not stood in isolation from developments in law and society. The history of marriage is one of both continuity and change. That institution even as confined to opposite-sex relations has evolved over time.

For example, marriage was once viewed as an arrangement by the couple's parents based on political, religious, and financial concerns; but by the time of the Nation's founding it was understood to be a voluntary contract between a man and a woman. See N. Cott, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation* 9 17 (2000); S. Coontz, *Marriage, A History* 15 16 (2005). As the role and status of women changed, the institution further evolved. Under the centuries-old doctrine of coverture, a married man and woman were treated by the State as a single, male-dominated legal entity. See 1 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 430 (1765). As women gained legal, political, and property rights, and as society began to understand that women have their own equal dignity, the law of coverture was abandoned. See Brief for Historians of Marriage et al. as *Amici Curiae* 16 19. These and other developments in the institution of marriage over the past centuries were not mere superficial changes. Rather, they worked deep transformations in its structure, affecting aspects of marriage long viewed by many as essential. See generally N. Cott, *Public Vows*; S. Coontz, *Marriage*; H. Hartog, *Man & Wife in America: A History* (2000).

These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.

This dynamic can be seen in the Nation's experiences with the rights of gays and lesbians. Until the mid-20th century, same-sex intimacy long had been condemned as immoral by the state itself in most Western nations, a belief often embodied in the criminal law. For this reason, among others, many persons did not deem homosexuals to have dignity in their own distinct identity. A truthful declaration by same-sex couples of what was in their hearts had to remain unspoken. Even when a greater awareness of the humanity and integrity of homosexual persons came in the period after World War II, the argument that gays and lesbians had a just claim to dignity was in conflict with both law and widespread social conventions. Same-sex intimacy remained a crime in many States. Gays and lesbians were prohibited from most government employment, barred from military service, excluded under immigration laws, targeted by police, and burdened in their rights to associate. See Brief for Organization of American Historians as *Amicus Curiae* 5 28.



For much of the 20th century, moreover, homosexuality was treated as an illness. When the American Psychiatric Association published the first Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders in 1952, homosexuality was classified as a mental disorder, a position adhered to until 1973. See Position Statement on Homosexuality and Civil Rights, 1973, in 131 Am. J. Psychiatry 497 (1974). Only in more recent years have psychiatrists and others recognized that sexual orientation is both a normal expression of human sexuality and immutable. See Brief for American Psychological Association et al. as *Amici Curiae* 7 17.

In the late 20th century, following substantial cultural and political developments, same-sex couples began to lead more open and public lives and to establish families. This development was followed by a quite extensive discussion of the issue in both governmental and private sectors and by a shift in public attitudes toward greater tolerance. As a result, questions about the rights of gays and lesbians soon reached the courts, where the issue could be discussed in the formal discourse of the law.

This Court first gave detailed consideration to the legal status of homosexuals in *Bowersv. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). There it upheld the constitutionality of a Georgia law deemed to criminalize certain homosexual acts. Ten years later, in *Romerv. Evans*, 517 U. S. 620 (1996), the Court invalidated an amendment to Colorado's Constitution that sought to foreclose any branch or political subdivision of the State from protecting persons against discrimination based on sexual orientation. Then, in 2003, the Court overruled *Bowers*, holding that laws making same-sex intimacy a crime "demea[n] the lives of homosexual persons." *Lawrencev. Texas*, 539 U. S. 558.

Against this background, the legal question of same-sex marriage arose. In 1993, the Hawaii Supreme Court held Hawaii's law restricting marriage to opposite-sex couples constituted a classification on the basis of sex and was therefore subject to strict scrutiny under the Hawaii Constitution. *Baehrv. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44. Although this decision did not mandate that same-sex marriage be allowed, some States were concerned by its implications and reaffirmed in their laws that marriage is defined as a union between opposite-sex partners. So too in 1996, Congress passed the Defense of Marriage Act (DOMA), 110Stat. 2419, defining marriage for all federal-law purposes as "only a legal union between one man and one woman as husband and wife." 1 U. S. C. 7.

The new and widespread discussion of the subject led other States to a different conclusion. In 2003, the Supreme Judicial Court of Massachusetts held the State's Constitution guaranteed same-sex couples the right to marry. See *Goodridgev. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003). After that ruling, some additional States granted marriage rights to same-sex couples, either through judicial or legislative processes. These decisions and statutes are cited in Appendix B, *infra*.

Two Terms ago, in *United States v. Windsor*, 570 U. S. \_\_\_\_ (2013), this Court invalidated DOMA to the extent it barred the Federal Government from treating same-sex marriages as valid even when they were lawful in the State where they were licensed. DOMA, the Court held, impermissibly disparaged those same-sex couples "who wanted to affirm their commitment to one another before their children, their family, their friends, and their community." *Id.*, at \_\_\_\_ (slip op., at 14).

Numerous cases about same-sex marriage have reached the United States Courts of Appeals in recent years. In accordance with the judicial duty to base their decisions on principled reasons and neutral discussions, without scornful or disparaging commentary, courts have written a substantial body of law considering all sides of these issues. That case law helps to explain and formulate the underlying principles this Court now must consider. With the exception of the opinion here under review and one other, see *Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 455 F. 3d 859, 864 868 (CAAdd hyphens between digits006), the Courts of Appeals have held that excluding same-sex couples from marriage violates the Constitution. There also have been many thoughtful District Court decisions addressing same-sex marriage and most of them, too, have concluded same-sex couples must be allowed to marry. In addition the highest courts of many States have contributed to this ongoing dialogue in decisions interpreting their own State Constitutions. These state and federal judicial opinions are cited in Appendix A, *infra*.

After years of litigation, legislation, referenda, and the discussions that attended these public acts, the States are now divided on the issue of same-sex marriage. See Office of the Atty. Gen. of Maryland, *The State of Marriage Equality in America, State-by-State Supp.* (2015).

### **III**

Under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, no State shall "deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law." The fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. See *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145 149 (1968). In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs. See, *e.g.*, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972) ; *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 486 (1965).

The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution. That responsibility, however, "has not been reduced to any formula." *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., dissenting). Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. See *ibid.* That

process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisions that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries. See *Lawrence, supra*, at 572. That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present.

The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.

Applying these established tenets, the Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. In *Lovingv. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967) , which invalidated bans on interracial unions, a unanimous Court held marriage is "one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men." The Court reaffirmed that holding in *Zablockiv. Redhail*, 434 U. S. 374, 384 (1978) , which held the right to marry was burdened by a law prohibiting fathers who were behind on child support from marrying. The Court again applied this principle in *Turnerv. Safley*, 482 U. S. 78, 95 (1987) , which held the right to marry was abridged by regulations limiting the privilege of prison inmates to marry. Over time and in other contexts, the Court has reiterated that the right to marry is fundamental under the Due Process Clause. See, e.g., *M. L. B.v. S. L. J.*, 519 U. S. 102, 116 (1996) ; *Cleveland Bd. of Ed.v. LaFleur*, 414 U. S. 632 640 (1974); *Griswold, supra*, at 486; *Skinerv. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535, 541 (1942) ; *Meyerv. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923).

It cannot be denied that this Court's cases describing the right to marry presumed a relationship involving opposite-sex partners. The Court, like many institutions, has made assumptions defined by the world and time of which it is a part. This was evident in *Bakerv. Nelson*, 409 U. S. 810 , a one-line summary decision issued in 1972, holding the exclusion of same-sex couples from marriage did not present a substantial federal question. Still, there are other, more instructive precedents. This Court's cases have expressed constitutional principles of broader reach. In defining the right to marry these cases have identified essential attributes of that right based in history, tradition, and other constitutional liberties inherent in this intimate bond. See, e.g., *Lawrence*, 539 U. S., at 574; *Turner, supra*, at 95; *Zablocki, supra*, at 384; *Loving, supra*, at 12; *Griswold, supra*, at 486. And in assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right

to marry has been long protected. See, e.g., *Eisenstadt, supra*, at 453 454; *Poe, supra*, at 542 553 (Harlan, J., dissenting).

This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.

A first premise of the Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause. See 388 U. S., at 12; see also *Zablocki, supra*, at 384 (observing *Loving* held "the right to marry is of fundamental importance for all individuals"). Like choices concerning contraception, family relationships, procreation, and childrearing, all of which are protected by the Constitution, decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make. See *Lawrence, supra*, at 574. Indeed, the Court has noted it would be contradictory "to recognize a right of privacy with respect to other matters of family life and not with respect to the decision to enter the relationship that is the foundation of the family in our society." *Zablocki, supra*, at 386.

Choices about marriage shape an individual's destiny. As the Supreme Judicial Court of Massachusetts has explained, because "it fulfils yearnings for security, safe haven, and connection that express our common human ity, civil marriage is an esteemed institution, and the decision whether and whom to marry is among life's momentous acts of self-definition." *Goodridge*, 440 Mass., at 322, 798 N. E. 2d, at 955.

The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation. See *Windsor*, 570 U. S., at \_\_\_\_ \_\_\_\_ (slip op., at 22 23). There is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices. Cf. *Loving, supra*, at 12 ("[T]he freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State").

A second principle in this Court's jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. This point was central to *Griswold v. Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception. 381 U. S., at 485. Suggesting that marriage is a right "older than the Bill of Rights," *Griswold* described marriage this way :

"Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions. " *Id.*, at 486.

And in *Turner*, the Court again acknowledged the intimate association protected by this right, holding prisoners could not be denied the right to marry because their committed relationships satisfied the basic reasons why marriage is a fundamental right. See 482 U. S., at 95 96. The right to marry thus dignifies couples who "wish to define themselves by their commitment to each other." *Windsor, supra*, at \_\_\_\_ (slip op., at 14). Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other.

As this Court held in *Lawrence*, same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association. *Lawrence* invalidated laws that made same-sex intimacy a criminal act. And it acknowledged that "[w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring." 539 U. S., at 567. But while *Lawrence* confirmed a dimension of freedom that allows individuals to engage in intimate association without criminal liability, it does not follow that freedom stops there. Outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty.

A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education. See *Piercev. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925) ; *Meyer*, 262 U. S., at 399. The Court has recognized these connections by describing the varied rights as a unified whole: "[T]he right to 'marry, establish a home and bring up children' is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause." *Zablocki*, 434 U. S., at 384 (quoting *Meyer, supra*, at 399). Under the laws of the several States, some of marriage's protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents' relationship, marriage allows children "to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives." *Windsor, supra*, at \_\_\_\_ (slip op., at 23). Marriage also affords the permanency and stability important to children's best interests. See Brief for Scholars of the Constitutional Rights of Children as *Amici Curiae* 22 27.

As all parties agree, many same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of

thousands of children are presently being raised by such couples. See Brief for Gary J. Gates as *Amicus Curiae* 4. Most States have allowed gays and lesbians to adopt, either as individuals or as couples, and many adopted and foster children have same-sex parents, see *id.*, at 5. This provides powerful confirmation from the law itself that gays and lesbians can create loving, supportive families.

Excluding same-sex couples from marriage thus conflicts with a central premise of the right to marry. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples. See *Windsor, supra*, at \_\_\_\_ (slip op., at 23).

That is not to say the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State. In light of precedent protecting the right of a married couple not to procreate, it cannot be said the Court or the States have conditioned the right to marry on the capacity or commitment to procreate. The constitutional marriage right has many aspects, of which childbearing is only one.

Fourth and finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order. Alexis de Tocqueville recognized this truth on his travels through the United States almost two centuries ago:

"There is certainly no country in the world where the tie of marriage is so much respected as in America . . . [W]hen the American retires from the turmoil of public life to the bosom of his family, he finds in it the image of order and of peace . . . . [H]e afterwards carries [that image] with him into public affairs." 1 *Democracy in America* 309 (H. Reeve transl., rev. ed. 1990).

In *Maynardv. Hill*, 125 U. S. 190, 211 (1888) , the Court echoed de Tocqueville, explaining that marriage is "the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress." Marriage, the *Maynard* Court said, has long been " 'a great public institution, giving character to our whole civil polity.' " *Id.*, at 213. This idea has been reiterated even as the institution has evolved in substantial ways over time, superseding rules related to parental consent, gender, and race once thought by many to be essential. See generally N. Cott, *Public Vows*. Marriage remains a building block of our national community. For that reason, just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and

material benefits to protect and nourish the union. Indeed, while the States are in general free to vary the benefits they confer on all married couples, they have throughout our history made marriage the basis for an expanding list of governmental rights, benefits, and responsibilities. These aspects of marital status include: taxation; inheritance and property rights; rules of intestate succession; spousal privilege in the law of evidence; hospital access; medical decisionmaking authority; adoption rights; the rights and benefits of survivors; birth and death certificates; professional ethics rules; campaign finance restrictions; workers' compensation benefits; health insurance; and child custody, support, and visitation rules. See Brief for United States as *Amicus Curiae* 6 9; Brief for American Bar Association as *Amicus Curiae* 8 29. Valid marriage under state law is also a significant status for over a thousand provisions of federal law. See *Windsor*, 570 U. S., at \_\_\_\_ \_\_\_\_ (slip op., at 15 16). The States have contributed to the fundamental character of the marriage right by placing that institution at the center of so many facets of the legal and social order.

There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage. This harm results in more than just material burdens. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects. It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society. Same-sex couples, too, may aspire to the transcendent purposes of marriage and seek fulfillment in its highest meaning.

The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter.

Objecting that this does not reflect an appropriate framing of the issue, the respondents refer to *Washingtonv. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997) , which called for a " 'careful description' " of fundamental rights. They assert the petitioners do not seek to exercise the right to marry but rather a new and nonexistent "right to same-sex marriage." Brief for Respondent in No. 14 556, p. 8. *Glucksberg* did insist that liberty under the Due Process Clause must be defined in a most circumscribed manner, with central reference to specific historical practices. Yet while that approach may have been appropriate for the asserted right there involved (physician-assisted suicide), it is inconsistent with the approach this Court

has used in discussing other fundamental rights, including marriage and intimacy. *Loving* did not ask about a "right to interracial marriage"; *Turner* did not ask about a "right of inmates to marry"; and *Zablocki* did not ask about a "right of fathers with unpaid child support duties to marry." Rather, each case inquired about the right to marry in its comprehensive sense, asking if there was a sufficient justification for excluding the relevant class from the right. See also *Glucksberg*, 521 U. S., at 752 773 (Souter, J., concurring in judgment); *id.*, at 789 792 (Breyer, J., concurring in judgments).

That principle applies here. If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied. This Court has rejected that approach, both with respect to the right to marry and the rights of gays and lesbians. See *Loving* 388 U. S., at 12; *Lawrence*, 539 U. S., at 566 567.

The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era. Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right.

The right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way, though they set forth independent principles. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always co-extensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other. In any particular case one Clause may be thought to capture the essence of the right in a more accurate and comprehensive way, even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right. See *M. L. B.*, 519 U. S., at 120 121; *id.*, at 128 129 (Kennedy, J., concurring in judgment); *Beardenv. Georgia*, 461 U. S. 660, 665 (1983). This interrelation of the two principles furthers our understanding of what freedom is and must become.



The Court's cases touching upon the right to marry reflect this dynamic. In *Loving* the Court invalidated a prohibition on interracial marriage under both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause. The Court first declared the prohibition invalid because of its un-equal treatment of interracial couples. It stated: "There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause." 388 U. S., at 12. With this link to equal protection the Court proceeded to hold the prohibition offended central precepts of liberty: "To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law." *Ibid.* The reasons why marriage is a fundamental right became more clear and compelling from a full awareness and understanding of the hurt that resulted from laws barring interracial unions.

The synergy between the two protections is illustrated further in *Zablocki*. There the Court invoked the Equal Protection Clause as its basis for invalidating the challenged law, which, as already noted, barred fathers who were behind on child-support payments from marrying without judicial approval. The equal protection analysis depended in central part on the Court's holding that the law burdened a right "of fundamental importance." 434 U. S., at 383. It was the essential nature of the marriage right, discussed at length in *Zablocki*, see *id.*, at 383 387, that made apparent the law's incompatibility with requirements of equality. Each concept liberty and equal protection leads to a stronger understanding of the other.

Indeed, in interpreting the Equal Protection Clause, the Court has recognized that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged. To take but one period, this occurred with respect to marriage in the 1970's and 1980's. Notwithstanding the gradual erosion of the doctrine of coverture, see *supra*, at 6, invidious sex-based classifications in marriage remained common through the mid-20th century. See App. to Brief for Appellant in *Reedv. Reed*, O. T. 1971, No. 70 4, pp. 69 88 (an extensive reference to laws extant as of 1971 treating women as unequal to men in marriage). These classifications denied the equal dignity of men and women. One State's law, for example, provided in 1971 that "the husband is the head of the family and the wife is subject to him; her legal civil existence is merged in the husband, except so far as the law recognizes her separately, either for her own protection, or for her benefit." Ga. Code Ann. 53 501 (1935). Responding to a new awareness, the Court invoked equal protection principles to invalidate laws imposing sex-based inequality on marriage. See, e.g., *Kirchbergv. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981) ; *Wenglerv. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U. S. 142 (1980) ; *Califanov. Westcott*, 443

U. S. 76 (1979) ; *Orrv. Orr*, 440 U. S. 268 (1979) ; *Califanov. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977) (plurality opinion); *Weinbergerv. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636 (1975) ; *Frontierov. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973) . Like *Loving* and *Zablocki*, these precedents show the Equal Protection Clause can help to identify and correct inequalities in the institution of marriage, vindicating precepts of liberty and equality under the Constitution.

Other cases confirm this relation between liberty and equality. In *M. L. B.v. S. L. J.*, the Court invalidated under due process and equal protection principles a statute requiring indigent mothers to pay a fee in order to appeal the termination of their parental rights. See 519 U. S., at 119 124. In *Eisenstadt v. Baird*, the Court invoked both principles to invalidate a prohibition on the distribution of contraceptives to unmarried persons but not married persons. See 405 U. S., at 446 454. And in *Skinerv. Oklahoma ex rel. Williamson*, the Court invalidated under both principles a law that allowed sterilization of habitual criminals. See 316 U. S., at 538 543.

In *Lawrence* the Court acknowledged the interlocking nature of these constitutional safeguards in the context of the legal treatment of gays and lesbians. See 539 U. S., at 575. Although *Lawrence* elaborated its holding under the Due Process Clause, it acknowledged, and sought to remedy, the continuing inequality that resulted from laws making intimacy in the lives of gays and lesbians a crime against the State. See *ibid. Lawrence* therefore drew upon principles of liberty and equality to define and protect the rights of gays and lesbians, holding the State "cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime." *Id.*, at 578.

This dynamic also applies to same-sex marriage. It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry. See, e.g., *Zablocki, supra*, at 383 388; *Skinner*, 316 U. S., at 541.

These considerations lead to the conclusion that the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the

fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. *Baker v. Nelson* must be and now is overruled, and the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples.

#### **IV**

There may be an initial inclination in these cases to proceed with caution to await further legislation, litigation, and debate. The respondents warn there has been insufficient democratic discourse before deciding an issue so basic as the definition of marriage. In its ruling on the cases now before this Court, the majority opinion for the Court of Appeals made a cogent argument that it would be appropriate for the respondents' States to await further public discussion and political measures before licensing same-sex marriages. See *DeBoer*, 772 F. 3d, at 409.

Yet there has been far more deliberation than this argument acknowledges. There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts. See Appendix A, *infra*. Judicial opinions addressing the issue have been informed by the contentions of parties and counsel, which, in turn, reflect the more general, societal discussion of same-sex marriage and its meaning that has occurred over the past decades. As more than 100 *amici* make clear in their filings, many of the central institutions in American life state and local governments, the military, large and small businesses, labor unions, religious organizations, law enforcement, civic groups, professional organizations, and universities have devoted substantial attention to the question. This has led to an enhanced understanding of the issue an understanding reflected in the arguments now presented for resolution as a matter of constitutional law. Of course, the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights. Last Term, a plurality of this Court reaffirmed the importance of the democratic principle in *Schuette v. BAMN*, 572 U. S. \_\_\_\_ (2014), noting the "right of citizens to debate so they can learn and decide and then, through the political process, act in concert to try to shape the course of their own times." *Id.*, at \_\_\_\_ (slip op., at 15 16). Indeed, it is most often through democracy that liberty is preserved and protected in our lives. But as *Schuette* also said, "[t]he freedom secured by the Constitution consists, in one of its essential dimensions, of the right of the individual not to be injured by the unlawful exercise of governmental power." *Id.*, at \_\_\_\_ (slip op., at 15). Thus, when the rights of persons are violated, "the Constitution requires redress by the courts," notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking. *Id.*, at \_\_\_\_ (slip op., at 17). This holds true even when protecting individual rights affects issues of the utmost importance and sensitivity.

The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation's courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution "was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts." *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943) . This is why "fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections." *Ibid.* It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same-sex couples to marry.

This is not the first time the Court has been asked to adopt a cautious approach to recognizing and protecting fundamental rights. In *Bowers*, a bare majority upheld a law criminalizing same-sex intimacy. See 478 U. S., at 186, 190 195. That approach might have been viewed as a cautious endorsement of the democratic process, which had only just begun to consider the rights of gays and lesbians. Yet, in effect, *Bowers* upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right and caused them pain and humiliation. As evidenced by the dissents in that case, the facts and principles necessary to a correct holding were known to the *Bowers* Court. See *id.*, at 199 (Blackmun, J., joined by Brennan, Marshall, and Stevens, JJ., dissenting); *id.*, at 214 (Stevens, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting). That is why *Lawrence* held *Bowers* was "not correct when it was decided." 539 U. S., at 578. Although *Bowers* was eventually repudiated in *Lawrence*, men and women were harmed in the interim, and the substantial effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. Dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen.

A ruling against same-sex couples would have the same effect and, like *Bowers*, would be unjustified under the Fourteenth Amendment. The petitioners' stories make clear the urgency of the issue they present to the Court. James Obergefell now asks whether Ohio can erase his marriage to John Arthur for all time. April DeBoer and Jayne Rowse now ask whether Michigan may continue to deny them the certainty and stability all mothers desire to protect their children, and for them and their children the childhood years will pass all too soon. Ijpe DeKoe and Thomas Kostura now ask whether Tennessee can deny to one who has served this Nation the basic dignity of recognizing his New York marriage. Properly presented with the petitioners' cases, the Court has a duty to address these claims and answer these questions.

Indeed, faced with a disagreement among the Courts of Appeals a disagreement that caused impermissible geographic variation in the meaning of federal law the Court granted review to determine whether same-sex couples may exercise the right to marry. Were the Court to uphold the challenged laws as constitutional, it would teach the Nation that these laws are in accord with our society's most basic compact. Were the Court to stay its hand to allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to same-sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.

The respondents also argue allowing same-sex couples to wed will harm marriage as an institution by leading to fewer opposite-sex marriages. This may occur, the respondents contend, because licensing same-sex marriage severs the connection between natural procreation and marriage. That argument, however, rests on a counterintuitive view of opposite-sex couple's decisionmaking processes regarding marriage and parenthood. Decisions about whether to marry and raise children are based on many personal, romantic, and practical considerations; and it is unrealistic to conclude that an opposite-sex couple would choose not to marry simply because same-sex couples may do so. See *Kitchen v. Herbert*, 755 F. 3d 1193, 1223 (CA1Add hyphens between digits014) ("[I]t is wholly illogical to believe that state recognition of the love and commitment between same-sex couples will alter the most intimate and personal decisions of opposite-sex couples"). The respondents have not shown a foundation for the conclusion that allowing same-sex marriage will cause the harmful outcomes they describe. Indeed, with respect to this asserted basis for excluding same-sex couples from the right to marry, it is appropriate to observe these cases involve only the rights of two consenting adults whose marriages would pose no risk of harm to themselves or third parties.

Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.

These cases also present the question whether the Constitution requires States to recognize same-sex marriages validly performed out of State. As made clear by the case of *Obergefell and Arthur*, and by that of *DeKoe and Kostura*, the recognition bans inflict substantial and continuing harm on same-sex couples.

Being married in one State but having that valid marriage denied in another is one of "the most perplexing and distressing complication[s]" in the law of domestic relations. *Williams v. North Carolina*, 317 U. S. 287, 299 (1942) (internal quotation marks omitted). Leaving the current state of affairs in place would maintain and promote instability and uncertainty. For some couples, even an ordinary drive into a neighboring State to visit family or friends risks causing severe hardship in the event of a spouse's hospitalization while across state lines. In light of the fact that many States already allow same-sex marriage and hundreds of thousands of these marriages already have occurred the disruption caused by the recognition bans is significant and ever-growing.

As counsel for the respondents acknowledged at argument, if States are required by the Constitution to issue marriage licenses to same-sex couples, the justifications for refusing to recognize those marriages performed elsewhere are undermined. See Tr. of Oral Arg. on Question 2, p. 44. The Court, in this decision, holds same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all States. It follows that the Court also must hold and it now does hold that there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character.

\* \* \*

No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right.

The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed.

It is so ordered.

A

State and Federal Judicial Decisions

Addressing Same-Sex Marriage

**United States Courts of Appeals Decisions**

*Adamsv. Howerton*, 673 F. 2d 1036 (CAAdd hyphens between digits982)

*Smeltv. County of Orange*, 447 F. 3d 673 (CAAdd hyphens between digits006)

*Citizens for Equal Protectionv. Bruning*, 455 F. 3d 859 (CAAdd hyphens between digits006)

*Windsorv. United States*, 699 F. 3d 169 (CAAdd hyphens between digits012)

*Massachusettsv. Department of Health and Human Services*, 682 F. 3d 1 (CAAdd hyphens between digits012)

*Perryv. Brown*, 671 F. 3d 1052 (CAAdd hyphens between digits012)

*Lattav. Otter*, 771 F. 3d 456 (CAAdd hyphens between digits014)

*Baskinv. Bogan*, 766 F. 3d 648 (CAAdd hyphens between digits014)

*Bishopv. Smith*, 760 F. 3d 1070 (CA1Add hyphens between digits014)

*Bosticv. Schaefer*, 760 F. 3d 352 (CAAdd hyphens between digits014)

*Kitchenv. Herbert*, 755 F. 3d 1193 (CA1Add hyphens between digits014)

*DeBoerv. Snyder*, 772 F. 3d 388 (CAAdd hyphens between digits014)

*Lattav. Otter*, 779 F. 3d 902 (CAAdd hyphens between digits015) (O'Scannlain, J., dissenting from the denial of rehearing en banc)

**United States District Court Decisions**

***Adamsv. Howerton*, 486 F. Supp. 1119 (CD Cal. 1980)**

*Citizens for Equal Protection, Inc.v. Bruning*, 290 F. Supp. 2d 1004 (Neb. 2003)

*Citizens for Equal Protectionv. Bruning*, 368 F. Supp. 2d 980 (Neb. 2005)

***Wilsonv. Ake*, 354 F. Supp. 2d 1298 (MD Fla. 2005)**

*Smeltv. County of Orange*, 374 F. Supp. 2d 861 (CD Cal. 2005)

*Bishopv. Oklahoma ex rel. Edmondson*, 447 F. Supp. 2d 1239 (ND Okla. 2006)

*Massachusettsv. Department of Health and Human Services*, 698 F. Supp. 2d 234 (Mass. 2010)

*Gillv. Office of Personnel Management*, 699 F. Supp. 2d 374 (Mass. 2010)

***Perryv. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (ND Cal. 2010)**

***Dragovichv. Department of Treasury*, 764 F. Supp. 2d 1178 (ND Cal. 2011)**

*Golinski v. Office of Personnel Management*, 824 F. Supp. 2d 968 (ND Cal. 2012)

*Dragovichv. Department of Treasury*, 872 F. Supp. 2d 944 (ND Cal. 2012)

*Windsorv. United States*, 833 F. Supp. 2d 394 (SDNY 2012)

*Pedersenv. Office of Personnel Management*, 881 F. Supp. 2d 294 (Conn. 2012)

*Jacksonv. Abercrombie*, 884 F. Supp. 2d 1065 (Haw. 2012)

*Sevcikv. Sandoval*, 911 F. Supp. 2d 996 (Nev. 2012)

***Merrittv. Attorney General*, 2013 WL 6044329 (MD La., Nov. 14, 2013)**

***Grayv. Orr*, 4 F. Supp. 3d 984 (ND Ill. 2013)**

*Leev. Orr*, 2013 WL 6490577 (ND Ill., Dec. 10, 2013)

*Kitchenv. Herbert*, 961 F. Supp. 2d 1181 (Utah 2013)

*Obergefellv. Wymyslo*, 962 F. Supp. 2d 968 (SD Ohio 2013)

*Bishopv. United States ex rel. Holder*, 962 F. Supp. 2d 1252 (ND Okla. 2014)

*Bourkev. Beshear*, 996 F. Supp. 2d 542 (WD Ky. 2014)

*Leev. Orr*, 2014 WL 683680 (ND Ill., Feb. 21, 2014)

*Bosticv. Rainey*, 970 F. Supp. 2d 456 (ED Va. 2014)

*De Leonv. Perry*, 975 F. Supp. 2d 632 (WD Tex. 2014)

*Tancov. Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014)

*DeBoerv. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757 (ED Mich. 2014)

*Henryv. Himes*, 14 F. Supp. 3d 1036 (SD Ohio 2014)

*Lattav. Otter*, 19 F. Supp. 3d 1054 (Idaho 2014)

*Geigerv. Kitzhaber*, 994 F. Supp. 2d 1128 (Ore. 2014)

*Evansv. Utah*, 21 F. Supp. 3d 1192 (Utah 2014)

*Whitewoodv. Wolf*, 992 F. Supp. 2d 410 (MD Pa. 2014)

*Wolfv. Walker*, 986 F. Supp. 2d 982 (WD Wis. 2014)

*Baskinv. Bogan*, 12 F. Supp. 3d 1144 (SD Ind. 2014)

*Lovev. Beshear*, 989 F. Supp. 2d 536 (WD Ky. 2014)  
*Burnsv. Hickenlooper*, 2014 WL 3634834 (Colo., July 23, 2014)  
*Bowlingv. Pence*, 39 F. Supp. 3d 1025 (SD Ind. 2014)  
*Brennerv. Scott*, 999 F. Supp. 2d 1278 (ND Fla. 2014)  
*Robicheauxv. Caldwell*, 2 F. Supp. 3d 910 (ED La. 2014)  
*General Synod of the United Church of Christv. Resinger*, 12 F. Supp. 3d 790 (WDNC 2014)  
*Hambyv. Parnell*, 56 F. Supp. 3d 1056 (Alaska 2014)  
*Fisher-Bornev. Smith*, 14 F. Supp. 3d 695 (MDNC 2014)  
*Majorsv. Horne*, 14 F. Supp. 3d 1313 (Ariz. 2014)  
*Connollyv. Jeanes*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2014 WL 5320642 (Ariz., Oct. 17, 2014)  
*Guzzov. Mead*, 2014 WL 5317797 (Wyo., Oct. 17, 2014)  
*Conde-Vidalv. Garcia-Padilla*, 54 F. Supp. 3d 157 (PR 2014)  
*Mariev. Moser*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2014 WL 5598128 (Kan., Nov. 4, 2014)  
*Lawsonv. Kelly*, 58 F. Supp. 3d 923 (WD Mo. 2014)  
*McGeev. Cole*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2014 WL 5802665 (SD W. Va., Nov. 7, 2014)  
*Condonv. Haley*, 21 F. Supp. 3d 572 (S. C. 2014)  
*Bradacsv. Haley*, 58 F. Supp. 3d 514 (S. C. 2014)  
*Rolandov. Fox*, 23 F. Supp. 3d 1227 (Mont. 2014)  
*Jerniganv. Crane*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2014 WL 6685391 (ED Ark., Nov. 25, 2014)  
*Campaign for Southern Equalityv. Bryant*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2014 WL 6680570 (SD Miss., Nov. 25, 2014)  
*Innisv. Aderhold*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2015 WL 300593 (ND Ga., Jan. 8, 2015)  
*Rosenbrahnv. Daugaard*, 61 F. Supp. 3d 862 (S. D., 2015)  
*Casparv. Snyder*, \_\_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_\_, 2015 WL 224741 (ED Mich., Jan. 15, 2015)  
*Searceyv. Strange*, 2015 U. S. Dist. LEXIS 7776 (SD Ala., Jan. 23, 2015)  
*Strawserv. Strange*, 44 F. Supp. 3d 1206 (SD Ala. 2015)  
*Watersv. Ricketts*, 48 F. Supp. 3d 1271 (Neb. 2015)

#### **State Highest Court Decisions**

*Bakerv. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N. W. 2d 185 (1971)  
*Jonesv. Hallahan*, 501 S. W. 2d 588 (Ky. 1973)  
*Baehrv. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993)  
*Deanv. District of Columbia*, 653 A. 2d 307 (D. C. 1995)  
*Bakerv. State*, 170 Vt. 194, 744 A. 2d 864 (1999)  
*Brausev. State*, 21 P. 3d 357 (Alaska 2001) (ripeness)  
*Goodridgev. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003)  
*In re Opinions of the Justices to the Senate*, 440 Mass. 1201, 802 N. E. 2d 565 (2004)  
*Liv. State*, 338 Or. 376, 110 P. 3d 91 (2005)  
*Cote-Whitacrev. Department of Public Health*, 446 Mass. 350, 844 N. E. 2d 623 (2006)  
*Lewisv. Harris*, 188 N. J. 415, 908 A. 2d 196 (2006)  
*Andersenv. King County*, 158 Wash. 2d 1, 138 P. 3d 963 (2006)  
*Hernandezv. Robles*, 7 N. Y. 3d 338, 855 N. E. 2d 1 (2006)  
*Conawayv. Deane*, 401 Md. 219, 932 A. 2d 571 (2007)  
*In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757, 183 P. 3d 384 (2008)  
*Kerriganv. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A. 2d 407 (2008)  
*Straussv. Horton*, 46 Cal. 4th 364, 207 P. 3d 48 (2009)  
*Varnumv. Brien*, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009)  
*Griegov. Oliver*, 2014 NMSC 003, \_\_\_\_ N. M. \_\_\_\_, 316 P. 3d 865 (2013)  
*Garden State Equalityv. Dow*, 216 N. J. 314, 79 A. 3d 1036 (2013)  
*Ex parte State ex rel. Alabama Policy Institute*, \_\_\_\_ So. 3d \_\_\_\_, 2015 WL 892752 (Ala., Mar. 3, 2015)

B

State Legislation and Judicial Decisions

Legalizing Same-Sex Marriage

#### **Legislation**

Del. Code Ann., Tit. 13, 129 (Cum. Supp. 2014)  
D. C. Act No. 18 248, 57 D. C. Reg. 27 (2010)



Haw. Rev. Stat. 572 1 (2006) and 2013 Cum. Supp.)  
Ill. Pub. Act No. 98 597  
Me. Rev. Stat. Ann., Tit. 19, 650 A (Cum. Supp. 2014)  
2012 Md. Laws p. 9  
2013 Minn Laws p. 404  
2009 N. H. Laws p. 60  
2011 N. Y Laws p. 749  
2013 R. I. Laws p. 7  
2009 Vt. Acts & Resolves p. 33  
2012 Wash. Sess. Laws p. 199

**Judicial Decisions**

*Goodridgev. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003)  
*Kerriganv. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A. 2d 407 (2008)  
*Varnumv. Brien*, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009)  
*Griegov. Oliver*, 2014 NMSC 003, \_\_\_\_ N. M. \_\_\_\_, 316 P. 3d 865 (2013)  
*Garden State Equalityv. Dow*, 216 N. J. 314, 79 A. 3d 1036 (2013)

Justice Scalia, with whom Justice Thomas joins, dissenting.

I join The Chief Justice's opinion in full. I write separately to call attention to this Court's threat to American democracy.

The substance of today's decree is not of immense personal importance to me. The law can recognize as marriage whatever sexual attachments and living arrangements it wishes, and can accord them favorable civil consequences, from tax treatment to rights of inheritance. Those civil consequences—and the public approval that conferring the name of marriage evidences—can perhaps have adverse social effects, but no more adverse than the effects of many other controversial laws. So it is not of special importance to me what the law says about marriage. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me. Today's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact—and the furthest extension one can even imagine—of the Court's claimed power to create "liberties" that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves.

## **I**

Until the courts put a stop to it, public debate over same-sex marriage displayed American democracy at its best. Individuals on both sides of the issue passionately, but respectfully, attempted to persuade their fellow citizens to accept their views. Americans considered the arguments and put the question to a vote. The electorates of 11 States, either directly or through their representatives, chose to expand the traditional definition of marriage. Many more decided not to.[1] Win or lose, advocates for both sides continued pressing their cases, secure in the knowledge that an electoral loss can be negated by a later electoral win. That is exactly how our system of government is supposed to work.[2]

The Constitution places some constraints on self-rule—constraints adopted *by the People themselves* when they ratified the Constitution and its Amendments. Forbidden are laws "impairing the Obligation of Contracts,"[3] denying "Full Faith and Credit" to the "public Acts" of other States,[4] prohibiting the free exercise of religion,[5] abridging the freedom of speech,[6] infringing the right to keep and bear arms,[7] authorizing unreasonable searches and seizures,[8] and so forth. Aside from these limitations, those powers "reserved to the States respectively, or to the people"[9] can be exercised as the States or the People desire. These cases ask us to decide whether the Fourteenth Amendment

contains a limitation that requires the States to license and recognize marriages between two people of the same sex. Does it remove *that* issue from the political process ?

Of course not. It would be surprising to find a prescription regarding marriage in the Federal Constitution since, as the author of today's opinion reminded us only two years ago (in an opinion joined by the same Justices who join him today) :

"[R]egulation of domestic relations is an area that has long been regarded as a virtually exclusive province of the States." [10]

"[T]he Federal Government, through our history, has deferred to state-law policy decisions with respect to domestic relations." [11]

But we need not speculate. When the Fourteenth Amendment was ratified in 1868, every State limited marriage to one man and one woman, and no one doubted the constitutionality of doing so. That resolves these cases. When it comes to determining the meaning of a vague constitutional provision—such as "due process of law" or "equal protection of the laws"—it is unquestionable that the People who ratified that provision did not understand it to prohibit a practice that remained both universal and uncontroversial in the years after ratification. [12] We have no basis for striking down a practice that is not expressly prohibited by the Fourteenth Amendment's text, and that bears the endorsement of a long tradition of open, widespread, and unchallenged use dating back to the Amendment's ratification. Since there is no doubt whatever that the People never decided to prohibit the limitation of marriage to opposite-sex couples, the public debate over same-sex marriage must be allowed to continue.

But the Court ends this debate, in an opinion lacking even a thin veneer of law. Buried beneath the mummeries and straining-to-be-memorable passages of the opinion is a candid and startling assertion: No matter *what* it was the People ratified, the Fourteenth Amendment protects those rights that the Judiciary, in its "reasoned judgment," thinks the Fourteenth Amendment ought to protect. [13] That is so because "[t]he generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions . . . ." [14] One would think that sentence would continue: ". . . and therefore they provided for a means by which the People could amend the Constitution," or perhaps ". . . and therefore they left the creation of additional liberties, such as the freedom to marry someone of the same sex, to the People, through the never-ending process of legislation." But no. What logically follows, in the majority's judge-empowering estimation, is: "and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning." [15] The "we," needless to say, is the nine of us. "History and tradition guide and discipline [our] inquiry but do not set its outer boundaries." [16] Thus,

rather than focusing on *the People's* understanding of “liberty”—at the time of ratification or even today—the majority focuses on four “principles and traditions” that, *in the majority's view*, prohibit States from defining marriage as an institution consisting of one man and one woman.[17]

This is a naked judicial claim to legislative—indeed, *super*-legislative—power; a claim fundamentally at odds with our system of government. Except as limited by a constitutional prohibition agreed to by the People, the States are free to adopt whatever laws they like, even those that offend the esteemed Justices’ “reasoned judgment.” A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy.

Judges are selected precisely for their skill as lawyers; whether they reflect the policy views of a particular constituency is not (or should not be) relevant. Not surprisingly then, the Federal Judiciary is hardly a cross-section of America. Take, for example, this Court, which consists of only nine men and women, all of them successful lawyers[18] who studied at Harvard or Yale Law School. Four of the nine are natives of New York City. Eight of them grew up in east- and west-coast States. Only one hails from the vast expanse in-between. Not a single Southwesterner or even, to tell the truth, a genuine Westerner (California does not count). Not a single evangelical Christian (a group that comprises about one quarter of Americans[19]), or even a Protestant of any denomination. The strikingly unrepresentative character of the body voting on today's social upheaval would be irrelevant if they were functioning as *judges*, answering the legal question whether the American people had ever ratified a constitutional provision that was understood to proscribe the traditional definition of marriage. But of course the Justices in today's majority are not voting on that basis; *they say they are not*. And to allow the policy question of same-sex marriage to be considered and resolved by a select, patrician, highly unrepresentative panel of nine is to violate a principle even more fundamental than no taxation without representation: no social transformation without representation.

## **II**

But what really astounds is the hubris reflected in today's judicial Putsch. The five Justices who compose today's majority are entirely comfortable concluding that every State violated the Constitution for all of the 135 years between the Fourteenth Amendment's ratification and Massachusetts' permitting of same-sex marriages in 2003.[20] They have discovered in the Fourteenth Amendment a “fundamental right” overlooked by every person alive at the time of ratification, and almost everyone else in the time since. They see what lesser legal minds—minds like Thomas Cooley, John Marshall Harlan, Oliver Wendell Holmes, Jr., Learned Hand, Louis Brandeis, William Howard Taft, Benjamin Cardozo, Hugo Black, Felix Frankfurter, Robert Jackson, and Henry Friendly—could

not. They are certain that the People ratified the Fourteenth Amendment to bestow on them the power to remove questions from the democratic process when that is called for by their “reasoned judgment.” These Justices *know* that limiting marriage to one man and one woman is contrary to reason; they *know* that an institution as old as government itself, and accepted by every nation in history until 15 years ago,[21] cannot possibly be supported by anything other than ignorance or bigotry. And they are willing to say that any citizen who does not agree with that, who adheres to what was, until 15 years ago, the unanimous judgment of all generations and all societies, stands against the Constitution.

The opinion is couched in a style that is as pretentious as its content is egotistic. It is one thing for separate concurring or dissenting opinions to contain extravagances, even silly extravagances, of thought and expression; it is something else for the official opinion of the Court to do so.[22] Of course the opinion’s showy profundities are often profoundly incoherent. “The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality.”[23] (Really? Who ever thought that intimacy and spirituality [whatever that means] were freedoms? And if intimacy is, one would think Freedom of Intimacy is abridged rather than expanded by marriage. Ask the nearest hippie. Expression, sure enough, *is* a freedom, but anyone in a long-lasting marriage will attest that that happy state constricts, rather than expands, what one can prudently say.) Rights, we are told, can “rise . . . from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.”[24] (Huh? How can a better informed understanding of how constitutional imperatives [whatever that means] define [whatever that means] an urgent liberty [never mind], give birth to a right?) And we are told that, “[i]n any particular case,” either the Equal Protection or Due Process Clause “may be thought to capture the essence of [a] right in a more accurate and comprehensive way,” than the other, “even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right.”[25] (What say? What possible “essence” does substantive due process “capture” in an “accurate and comprehensive way”? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court *really* likes. And the Equal Protection Clause, as employed today, identifies nothing except a difference in treatment that this Court *really* dislikes. Hardly a distillation of essence. If the opinion is correct that the two clauses “converge in the identification and definition of [a] right,” that is only because the majority’s likes and dislikes are predictably compatible.) I could go on. The world does not expect logic and precision in poetry or inspirational pop-philosophy; it demands them in the law. The stuff contained in today’s opinion has to diminish this Court’s reputation for clear thinking and sober analysis.

\* \* \*

Hubris is sometimes defined as o'erweening pride; and pride, we know, goeth before a fall. The Judiciary is the "least dangerous" of the federal branches because it has "neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm" and the States, "even for the efficacy of its judgments." [26] With each decision of ours that takes from the People a question properly left to them—with each decision that is unabashedly based not on law, but on the "reasoned judgment" of a bare majority of this Court—we move one step closer to being reminded of our impotence.

---

## Notes

- 1 Brief for Respondents in No. 14-571, p. 14.
- 2 Accord, *Schuette v. BAMN*, 572 U. S. \_\_\_, \_\_\_-\_\_\_ (2014) (plurality opinion) (slip op., at 15-17).
- 3 U. S. Const., Art. I, §10.
- 4 Art. IV, §1.
- 5 Amdt. 1.
- 6 *Ibid.*
- 7 Amdt. 2.
- 8 Amdt. 4.
- 9 Amdt. 10.
- 10 *United States v. Windsor*, 570 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2013) (slip op., at 16) (internal quotation marks and citation omitted).
- 11 *Id.*, at \_\_\_ (slip op., at 17).
- 12 See *Town of Greece v. Galloway*, 572 U. S. \_\_\_, \_\_\_-\_\_\_ (2014) (slip op., at 7-8).
- 13 *Ante*, at 10.
- 14 *Ante*, at 11.
- 15 *Ibid.*
- 16 *Ante*, at 10-11.
- 17 *Ante*, at 12-18.
- 18 The predominant attitude of tall-building lawyers with respect to the questions presented in these cases is suggested by the fact that the American Bar Association deemed it in accord with the wishes of its members to file a brief in support of the petitioners. See Brief for American Bar Association as *Amicus Curiae* in Nos. 14-571 and 14-574, pp. 1-5.
- 19 See Pew Research Center, *America's Changing Religious Landscape* 4 (May 12, 2015).
- 20 *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003).
- 21 *Windsor*, 570 U. S., at \_\_\_ (Alito, J., dissenting) (slip op., at 7).
- 22 If, even as the price to be paid for a fifth vote, I ever joined an opinion for the Court that began: "The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity," I would hide my head in a bag. The Supreme Court of the United States has descended from the disciplined legal reasoning of John Marshall and Joseph Story to the mystical aphorisms of the fortune cookie.
- 23 *Ante*, at 13.
- 24 *Ante*, at 19.
- 25 *Ibid.*
- 26 The Federalist No. 78, pp. 522, 523 (J. Cooke ed. 1961) (A. Hamilton).

Cour européenne des droits de l'homme  
Oliari *et al.* contre Italie  
Requêtes 18766/11 et 36030/11  
21 octobre 2015





In the case of Oliari and Others v. Italy,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of :

Päivi Hirvelä, President,  
Guido Raimondi,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Paul Mahoney,  
Faris Vehabović,  
Yonko Grozev, judges,

and Françoise Elens-Passos, Section Registrar,  
Having deliberated in private on 30 June 2015,  
Delivers the following judgment, which was adopted on that date :

## PROCEDURE

- 1.** The case originated in two applications (nos. 18766/11 and 36030/11) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by six Italian nationals, Mr Enrico Oliari, Mr A., Mr Gian Mario Felicetti, Mr Riccardo Perelli Cippo, Mr Roberto Zaccheo and Mr Riccardo Zappa ("the applicants"), on 21 March and 10 June 2011 respectively.
- 2.** The first two applicants were represented by Mr A. Schuster, a lawyer practising in Trent. The remaining applicants were represented by Ms M. D'Amico, Mr M. Clara and Mr C. Pitea, lawyers practising in Milan. The Italian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms Ersiliagrazia Spatafora.
- 3.** The applicants complained that the Italian legislation did not allow them to get married or enter into any other type of civil union and thus they were being discriminated against as a result of their sexual orientation. They cited Articles 8, 12 and 14 of the Convention.
- 4.** On 3 December 2013 the Chamber to which the case was allocated decided that the complaints concerning Article 8 alone and in conjunction with Article 14 were to be communicated to the Government. It further decided that the applications should be joined.
- 5.** On 7 January 2013 the Vice-President of the Section to which the case had been allocated decided to grant anonymity to one of the applicants under Rule 47 § 3 of the Rules of Court.

**6.** Written observations were also received from FIDH, AIRE Centre, ILGA-Europe, ECSOL, UFTDU and UDU jointly, Associazione Radicale Certi Diritti, and ECLJ (European Centre for Law and Justice), which had been given leave to intervene by the Vice-President of the Chamber (Article 36 § 2 of the Convention). Mr Pavel Parfentev on behalf of seven Russian NGOS (Family and Demography Foundation, For Family Rights, Moscow City Parents Committee, Saint-Petersburg City Parents Committee, Parents Committee of Volgograd City, the regional charity "Svetlitsa" Parents' Culture Centre, and the "Peterburgskie mnogodetki" social organisation), and three Ukrainian NGOS (the Parental Committee of Ukraine, the Orthodox Parental Committee, and the Health Nation social organisation), had also been given leave to intervene by the Vice-President of the Chamber. However, no submissions have been received by the Court.

**7.** The Government objected to the observations submitted by FIDH, AIRE Centre, ILGA-Europe, ECSOL, UFTDU and UDU jointly, as they had reached the Court after the set deadline, namely on 27 March 2014 instead of 26 March 2014. The Court notes that at the relevant time the Vice-President of the Chamber did not take a decision to reject the submissions presented, which were in fact sent to the parties for comment. The Court, having considered that the observations were anticipated by e mail and received by the Court at 2.00 a.m. on 27 March 2014, and that the hard copy received by fax later that day contained an apology as well as an explanation for the delay, rejects the Government's objection.

**8.** The applicants in application no. 18766/11 requested that an oral hearing be held in the case. On 30 June 2015 the Court considered this request. It decided that having regard to the materials before it an oral hearing was not necessary.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

**9.** The details concerning the applicants may be found in the Annex.

### **The background to the case**

#### *1. Mr Oliari and Mr A.*

**10.** In July 2008 these two applicants, who were in a committed stable relationship with each other, declared their intention to marry, and requested the Civil Status Office of the Trent Commune to issue the relevant marriage banns.

**11.** On 25 July 2008 their request was rejected.

**12.** The two applicants challenged the decision before the Trent Tribunal (in accordance with Article 98 of the Civil Code). They argued that Italian law did not explicitly prohibit marriage between persons of the same sex, and that, even if that were the case, such a position would be unconstitutional.

**13.** By a decision of 24 February 2009 the Trent Tribunal rejected their claim. It noted that the Constitution did not establish the requirements to contract marriage, but the Civil Code did and it precisely provided that one such requirement was that spouses be of the opposite sex. Thus, a marriage between persons of the same sex lacked one of the most essential requirements to render it a valid legal act, namely a difference in sex between the parties. In any event there was no fundamental right to marry, neither could the limited law provisions constitute discrimination, since the limitations suffered by the applicants were the same as those applied to everyone. Furthermore, it noted that European Union ("EU") law left such rights to be regulated within the national order.

**14.** The applicants appealed to the Trent Court of Appeal. While the court reiterated the unanimous interpretation given to Italian law in the field, namely to the effect that ordinary law, particularly the Civil Code, did not allow marriage between people of the same sex, it considered it relevant to make a referral to the Constitutional Court in connection with the claims of unconstitutionality of the law in force.

**15.** The Italian Constitutional Court in judgment no. 138 of 15 April 2010 declared inadmissible the applicants' constitutional challenge to Articles 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis and 231 of the Italian Civil Code, as it was directed to the obtainment of additional norms not provided for by the Constitution (*diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata*).

**16.** The Constitutional Court considered Article 2 of the Italian Constitution, which provided that the Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, as an individual and in social groups where personality is expressed, as well as the duties of political, economic and social solidarity against which there was no derogation. It noted that by social group one had to understand any form of community, simple or complex, intended to enable and encourage the free development of any individual by means of relationships. Such a notion included homosexual unions, understood as a stable cohabitation of two people of the same sex, who have a fundamental right to freely express their personality in a couple, obtaining – in time and by the means and limits to be set by law – juridical recognition of the relevant rights and duties. However, this recognition, which necessarily requires general legal regulation aimed at setting out the rights and duties of the partners in a couple, could be achieved in other ways apart from the institution of marriage between

homosexuals. As shown by the different systems in Europe, the question of the type of recognition was left to regulation by Parliament, in the exercise of its full discretion. Nevertheless, the Constitutional Court clarified that without prejudice to Parliament's discretion, it could however intervene according to the principle of equality in specific situations related to a homosexual couple's fundamental rights, where the same treatment of married couples and homosexual couples was called for. The court would in such cases assess the reasonableness of the measures.

**17.** It went on to consider that it was true that the concepts of family and marriage could not be considered "crystallised" in reference to the moment when the Constitution came into effect, given that constitutional principles must be interpreted bearing in mind changes in the legal order and the evolution of society and its customs. Nevertheless, such an interpretation could not be extended to the point where it affected the very essence of legal norms, modifying them in such a way as to include phenomena and problems which had not been considered in any way when it was enacted. In fact it appeared from the preparatory work to the Constitution that the question of homosexual unions had not been debated by the assembly, despite the fact that homosexuality was not unknown. In drafting Article 29 of the Constitution, the assembly had discussed an institution with a precise form and an articulate discipline provided for by the Civil Code. Thus, in the absence of any such reference, it was inevitable to conclude that what had been considered was the notion of marriage as defined in the Civil Code, which came into effect in 1942 and which at the time, and still today, established that spouses had to be of the opposite sex. Therefore, the meaning of this constitutional precept could not be altered by a creative interpretation. In consequence, the constitutional norm did not extend to homosexual unions, and was intended to refer to marriage in its traditional sense.

**18.** Lastly, the court considered that, in respect of Article 3 of the Constitution regarding the principle of equality, the relevant legislation did not create unreasonable discrimination, given that homosexual unions could not be considered equivalent to marriage. Even Article 12 of the European Convention on Human Rights and Article 9 of the Charter of Fundamental Rights did not require full equality between homosexual unions and marriages between a man and a woman, as this was a matter of Parliamentary discretion to be regulated by national law, as evidenced by the different approaches existing in Europe.

**19.** In consequence of the above judgment, by a decision (ordinanza) lodged in the relevant registry on 21 September 2010 the Court of Appeal rejected the applicants' claims in full.

## *2. Mr Felicetti and Mr Zappa*

**20.** In 2003 these two applicants met and entered into a relationship with each other. In 2004 Mr Felicetti decided to undertake further studies (and thus stopped earning any income), a possibility open to him thanks to the financial support of Mr Zappa.

**21.** On 1 July 2005 the couple moved in together. In 2005 and 2007 the applicants wrote to the President of the Republic highlighting difficulties encountered by same-sex couples and soliciting the enactment of legislation in favour of civil unions.

**22.** In 2008 the applicants' physical cohabitation was registered in the authorities' records. In 2009 they designated each other as guardians in the event of incapacitation (amministratori di sostegno).

**23.** On 19 February 2011 they requested their marriage banns to be issued. On 9 April 2011 their request was rejected on the basis of the law and jurisprudence pertaining to the subject matter (see Relevant domestic law below).

**24.** The two applicants did not pursue the remedy provided for under Article 98 of the Civil Code, in so far as it could not be considered effective following the Constitutional Court pronouncement mentioned above.

## *3. Mr Perelli Cippo and Mr Zacheo*

**25.** In 2002 these two applicants met and entered into a relationship with each other. In the same year they started cohabiting and since then they have been in a committed relationship.

**26.** In 2006 they opened a joint bank account.

**27.** In 2007 the applicants' physical cohabitation was registered in the authorities' records.

**28.** On 3 November 2009 they requested that their marriage banns be issued. The person in charge at the office did not request them to fill in the relevant application, simply attaching their request to a number of analogous requests made by other couples.

**29.** On 5 November 2009 their request was rejected on the basis of the law and jurisprudence pertaining to the subject matter (see Relevant domestic law below).

**30.** Mr Perelli Cippo and Mr Zacheo challenged the decision before the Milan Tribunal.

**31.** By a decision (decreto) of 9 June 2010 lodged in the relevant registry on 1 July 2010 the Milan Tribunal rejected their claim, considering that it was legitimate for the Civil Status Office to refuse a request to have marriage banns issued for the purposes of a marriage between persons of the same sex, in line with the finding of the Constitutional Court judgment no. 138 of 15 April 2010.

**32.** The applicants did not lodge a further challenge (reclamo) under Article 739 of the Code of Civil Procedure, in so far as it could not be considered effective following the Constitutional Court pronouncement.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Relevant domestic law and practice

#### 1. *The Italian Constitution*

**33.** Articles 2, 3 and 29 of the Italian Constitution read as follows:

##### Article 2

"The Republic recognises and guarantees inviolable human rights, both as an individual and in social groups where personality is developed, and requires the fulfilment of obligations of political, economic, social solidarity, against which there is no derogation."

##### Article 3

"All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions. It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organization of the country."

##### Article 29

"The Republic recognises the rights of the family as a natural society founded on marriage. Marriage is based on the moral and legal equality of the spouses within the limits laid down by law to guarantee the unity of the family."

#### 2. *Marriage*

**34.** Under Italian domestic law, same-sex couples are not allowed to contract marriage, as affirmed in the Constitutional Court judgment no. 138 (mentioned above).

**35.** The same has been affirmed by the Italian Court of Cassation in its judgment no. 4184 of 15 March 2012 concerning two Italian citizens of the same sex who got married in the Netherlands and who had challenged the refusal of Italian authorities to register their marriage in the civil status

record on the ground of the “non-configurability as a marriage”. The Court of Cassation concluded that the claimants had no right to register their marriage, not because it did not exist or was invalid, but because of its inability to produce any legal effect in the Italian order. It further held that persons of the same sex living together in a stable relationship had the right to respect for their private and family life under Article 8 of the European Convention; therefore, in the exercise of the right to freely live their inviolable status as a couple they may bring an action before a court to claim, in specific situations related to their fundamental rights, the same treatment as that afforded by law to married couples.

**36.** Furthermore, the Constitutional Court in its judgment no. 170/2014 concerning “forced divorce” following gender reassignment of one of the spouses, found that it was for the legislator to ensure that an alternative to marriage was provided, allowing such a couple to avoid the transformation in their situation, from one of maximum legal protection to an absolutely uncertain one. The Constitutional Court went on to state that the legislator had to act promptly to resolve the legal vacuum causing a lack of protection for the couple.

### *3. Other relevant case-law in the context of same-sex couples*

**37.** In a case before the Tribunal of Reggio Emilia, the claimants (a same-sex couple) had not requested the tribunal to recognise their marriage entered into in Spain, but to recognise their right to family life in Italy, on the basis that they were related. The Tribunal of Reggio Emilia, by means of an ordinance of 13 February 2012, in the light of the EU directives and their transposition into Italian law, as well as the EU Charter of Fundamental Rights, considered that such a marriage was valid for the purposes of obtaining a residence permit in Italy.

**38.** In the judgment of the Tribunal of Grosseto of 3 April 2014, delivered by a court of first instance, it was held that the refusal to register a foreign marriage was unlawful. The court thus ordered the competent public authority to proceed with registration of the marriage. While the order was being executed, the case was appealed against by the State. By a judgment of 19 September 2014 the Court of Appeal of Florence, having detected a procedural error, quashed the first-instance decision and remitted the case to the tribunal of Grosseto.

### *4. Cohabitation agreements*

**39.** Cohabitation agreements are not specifically provided for in Italian law.

**40.** Protection of cohabiting couples *more uxorio* has always been derived from Article 2 of the Italian Constitution, as interpreted in various court judgments over the years (post 1988). In more recent years (2012

onwards) domestic judgments have also considered cohabiting same sex couples as deserving such protection.

41. In order to fill the lacuna in the written law, with effect from 2 December 2013 it has been possible to enter into “cohabitation agreements”, namely a private deed, which does not have a specified form provided by law, and which may be entered into by cohabiting persons, be they in a parental relationship, partners, friends, simple flatmates or carers, but not by married couples. Such contracts mainly regulate the financial aspects of living together, cessation of the cohabitation, and assistance in the event of illness or incapacity<sup>1</sup>.

## 5. *Civil unions*

42. Italian domestic law does not provide for any alternative union to marriage, either for homosexual couples or for heterosexual ones. The former have thus no means of recognition.

43. In a report of 2013 prepared by Professor F. Gallo (then President of the Constitutional Court) addressed to the highest Italian constitutional authorities, the latter stated:

“Dialogue is sometimes more difficult with the [Constitutional] Court’s natural interlocutor. This is particularly so in cases where it solicits the legislature to modify a legal norm which it considered to be in contrast with the Constitution. Such requests are not to be underestimated. They constitute, in fact, the only means available to the [Constitutional] Court to oblige the legislative organs to eliminate any situation which is not compatible with the Constitution, and which, albeit identified by the [Constitutional] Court, does not lead to a pronouncement of anti-constitutionality. ... A request of this type which remained unheeded was that made in judgment no. 138/10, which, while finding the fact that a marriage could only be contracted by persons of a different sex to be constitutional compliant, also affirmed that same-sex couples had a fundamental right to obtain legal recognition, with the relevant rights and duties, of their union. It left it to Parliament to provide for such regulation, by the means and within the limits deemed appropriate.”

44. Nevertheless, some cities have established registers of “civil unions” between unmarried persons of the same sex or of different sexes: among others are the cities of Empoli, Pisa, Milan, Florence and Naples. However, the registration of “civil unions” of unmarried couples in such registers has a merely symbolic value.

## 6. *Subsequent domestic case-law*

45. Similarly, the Italian Constitutional Court, in its judgments nos. 276/2010 of 7 July 2010 lodged in the registry on 22 July 2010, and 4/2011 of 16 December 2010 lodged in the registry on 5 January 2011, declared manifestly ill-founded claims that the above-mentioned articles of

---

<sup>1</sup>. <http://contrattoconvivenza.com/> last accessed June 2015



the Civil Code (in so far as they did not allow marriage between persons of the same sex) were not in conformity with Article 2 of the Constitution. The Constitutional Court reiterated that juridical recognition of homosexual unions did not require a union equal to marriage, as shown by the different approaches undertaken in different countries, and that under Article 2 of the Constitution it was for the Parliament, in the exercise of its discretion, to regulate and supply guarantees and recognition to such unions.

More recently, in a case concerning the refusal to issue marriage banns to a same-sex couple who had so requested, the Court of Cassation, in its judgment no. 2400/15 of 9 February 2015, rejected the claimants' request. Having considered recent domestic and international case-law, it concluded that – while same-sex couples had to be protected under Article 2 of the Italian Constitution and that it was for the legislature to take action to ensure recognition of the union between such couples – the absence of same-sex marriage was not incompatible with the applicable domestic and international system of human rights. Accordingly, the lack of same-sex marriage could not amount to discriminatory treatment: the problem in the current legal system revolved around the fact that there was no other available union, apart from marriage, be it for heterosexual or homosexual couples. However, it noted that the court could not establish through jurisprudence matters which went beyond its competence.

## *7. Recent and current legislation*

**46.** The House of Deputies has recently examined Bill no. 242 named “Amendments to the Civil Code and other provisions on equality in access to marriage and filiation by same-sex couples” and Bill no. 15 “Norms against discrimination in matrimony”. The Senate in 2014 examined Bill no. 14 on civil unions and Bill no. 197 concerning amendments to the Civil Code in relation to cohabitation, as well as Bill no. 239 on the introduction into the Civil Code of an agreement on cohabitation and solidarity.

**47.** A unified bill concerning all the relevant legal proposals was presented to the Senate in 2015 and was adopted by the Senate on 26 March 2015 as a basic text to enable further discussions by the Justice Commission. Amendments were to be submitted by May 2015, and a text presented to the two Chambers constituting Parliament by summer 2015. On 10 June 2015 the Lower House adopted a motion to favour the approval of a law on civil unions, taking particular account of the situation of persons of the same sex.

## *8. Remedies in the domestic system*

**48.** A decision of the Civil Status Office may be challenged (within thirty days) before the ordinary tribunal, in accordance with Article 98 of the Civil Code.

**49.** A decree of the ordinary tribunal may in turn be challenged before the Court of Appeal (within ten days) by virtue of Article 739 of the Code of Civil Procedure.

**50.** According to its paragraph (3) no further appeal lay against the decision of the Court of Appeal. However, according to Article 111 (7) of the Constitution as interpreted by consolidated case-law, as well as Article 360 (4) of the Code of Civil Procedure (as modified by legislative decree no. 40/06) if the appeal decree affects subjective rights, is of a decisive nature, and constitutes a determination of a potentially irreversible matter (thus having the value of a judgment), the appeal decision may be challenged before the Court of Cassation within sixty days, in the circumstances and form established by Article 360 of the Code of Civil Procedure. According to Article 742 of the Code of Civil Procedure a decree which does not fall under the above-mentioned definition remains revocable and modifiable, at any future date subject to a change in the factual circumstances or underlying law (*presupposti di diritto*).

**51.** According to Articles 325 to 327 of the Code of Civil Procedure, an appeal to the Court of Cassation must be lodged within sixty days of the date on which the appeal decision is served on the party. In any event, in the absence of notification such an appeal may not be lodged later than six months from the date it was lodged in the registry (*pubblicazione*).

**52.** According to Article 324 of the Code of Civil Procedure, a decision becomes final, *inter alia*, when it is no longer subject to an appeal, to the Court of Appeal or Cassation, unless otherwise provided for by law.

## **B. Comparative and European law and practice**

### *1. Comparative-law material*

**53.** The comparative-law material available to the Court on the introduction of official forms of non-marital partnership within the legal systems of Council of Europe (CoE) member States shows that eleven countries (Belgium, Denmark, France, Iceland, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom) recognise same-sex marriage<sup>2</sup>.

---

2. On 22 May 2015 Ireland voted in favour of same-sex marriage in a referendum. In Finland, a bill legalising same-sex marriage was approved by Parliament on 12 December 2014 and signed by the President on 20 February 2015. The Marriage Act will not take effect until 1 March 2017.

**54.** Eighteen member States (Andorra, Austria, Belgium, Croatia, the Czech Republic, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Slovenia, Spain, Switzerland and the United Kingdom) authorise some form of civil partnership for same-sex couples. In certain cases such union may confer the full set of rights and duties applicable to the institute of marriage, and thus, is equal to marriage in everything but name, as for example in Malta. In addition, on 9 October 2014 Estonia also legally recognised same-sex unions by enacting the Registered Partnership Act, which will enter into force on 1 January 2016. Portugal does not have an official form of civil union. Nevertheless, the law recognises *de facto* civil unions<sup>3</sup>, which have automatic effect and do not require the couple to take any formal steps for recognition. Denmark, Norway, Sweden and Iceland used to provide for registered partnership in the case of same-sex unions, but was abolished in favour of same-sex marriage.

**55.** It follows that to date twenty-four countries out of the forty-seven CoE member States have already enacted legislation permitting same-sex couples to have their relationship recognised as a legal marriage or as a form of civil union or registered partnership.

## *2. Relevant Council of Europe materials*

**56.** In its Recommendation 924 (1981) on discrimination against homosexuals, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) criticised the various forms of discrimination against homosexuals in certain member States of the Council of Europe.

**57.** In Recommendation 1474 (2000) on the situation of lesbians and gays in Council of Europe member States, the PACE recommended that the Committee of Ministers call upon member States, among other things, "to adopt legislation making provision for registered partnerships". Furthermore, in Recommendation 1470 (2000) on the more specific subject of the situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member States of the Council of Europe, it recommended to the Committee of Ministers that it urge member States, *inter alia*, "to review their policies in the field of social rights and protection of migrants in order to ensure that homosexual partnerships and families are treated on the same basis as heterosexual partnerships and families ...".

**58.** PACE Resolution 1547 (2007) of 18 April 2007 entitled "State of human rights and democracy in Europe" called upon all member States of the CoE, and in particular their respective parliamentary bodies, to

---

3. Article 1 § 2 of law no. 7/2001, as amended by law no. 23/2010 of 30 August 2010 – "A free union is the juridical situation between two persons, who irrespective of their sex, have been living in conditions analogous to those of married couples for more than two years."

address all the issues raised in the reports and opinions underlying this resolution and in particular, to, inter alia, combat effectively all forms of discrimination based on gender or sexual orientation, introduce anti discrimination legislation, partnership rights and awareness-raising programmes where these are not already in place;" (point 34.14.).

**59.** Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, adopted on 29 April 2010 and entitled "Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity", calls on member States to "ensure legal recognition of same-sex partnerships when national legislation envisages such recognition, as already recommended by the Assembly in 2000", by providing, inter alia, for:

- "16.9.1. the same pecuniary rights and obligations as those pertaining to different sex couples;
- 16.9.2. 'next of kin' status;
- 16.9.3. measures to ensure that, where one partner in a same-sex relationship is foreign, this partner is accorded the same residence rights as would apply if she or he were in a heterosexual relationship;
- 16.9.4. recognition of provisions with similar effects adopted by other member states;"

**60.** In Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, the Committee of Ministers recommended that member States:

- "1. Examine existing legislative and other measures, keep them under review, and collect and analyse relevant data, in order to monitor and redress any direct or indirect discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity;
- 2. Ensure that legislative and other measures are adopted and effectively implemented to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, to ensure respect for the human rights of lesbian, gay, bisexual and transgender persons and to promote tolerance towards them ..."

**61.** The Recommendation also observed as follows:

- "23. Where national legislation confers rights and obligations on unmarried couples, member states should ensure that it applies in a non-discriminatory way to both same sex and different-sex couples, including with respect to survivor's pension benefits and tenancy rights.
- 24. Where national legislation recognises registered same-sex partnerships, member states should seek to ensure that their legal status and their rights and obligations are equivalent to those of heterosexual couples in a comparable situation.
- 25. Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different-sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live."

### 3. *European Union law*

**62.** Articles 7, 9 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was signed on 7 December 2000 and entered into force on 1 December 2009, read as follows:

Article 7

"Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications."

Article 9

"The right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights."

Article 21

"1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

2. Within the scope of application of the Treaty establishing the European Community and of the Treaty on European Union, and without prejudice to the special provisions of those Treaties, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited."

**63.** The Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, prepared in 2006 by the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, states as follows with regard to Article 9 of the Charter:

"Modern trends and developments in the domestic laws in a number of countries toward greater openness and acceptance of same-sex couples notwithstanding, a few states still have public policies and/or regulations that explicitly forbid the notion that same-sex couples have the right to marry. At present there is very limited legal recognition of same-sex relationships in the sense that marriage is not available to same-sex couples. The domestic laws of the majority of states presuppose, in other words, that the intending spouses are of different sexes. Nevertheless, in a few countries, e.g., in the Netherlands and in Belgium, marriage between people of the same sex is legally recognized. Others, like the Nordic countries, have endorsed a registered partnership legislation, which implies, among other things, that most provisions concerning marriage, i.e. its legal consequences such as property distribution, rights of inheritance, etc., are also applicable to these unions. At the same time it is important to point out that the name 'registered partnership' has intentionally been chosen not to confuse it with marriage and it has been established as an alternative method of recognizing personal relationships. This new institution is, consequently, as a rule only accessible to couples who cannot marry, and the same sex partnership does not have the same status and the same benefits as marriage ...

In order to take into account the diversity of domestic regulations on marriage, Article 9 of the Charter refers to domestic legislation. As it appears from its formulation, the provision is broader in its scope than the corresponding articles in other international instruments. Since there is no explicit reference to 'men and women' as the case is in other human rights instruments, it may be argued that there is no obstacle to recognize same-sex relationships in the context of marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such

marriages. International courts and committees have so far hesitated to extend the application of the right to marry to same-sex couples ...”

**64.** A number of other Directives may also be of interest in the present case: they can be found in *Vallianatos and Others v. Greece* ([GC], nos. 29381/09 and 32684/09, §§ 33-34, ECHR 2013 (extracts)).

#### *4. The United States*

**65.** On 26 June 2015, in the case of *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.*, the Supreme Court of the United States held that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all States, and that there was no lawful basis for a State to refuse to recognise a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character.

The petitioners had claimed that the respondent state officials violated the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have marriages lawfully performed in another State given full recognition.

The Supreme Court held that that the challenged laws burdened the liberty of same-sex couples, and abridged central precepts of equality. It considered that the marriage laws enforced by the respondents were unequal as same-sex couples were denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and were barred from exercising a fundamental right. This denial to same-sex couples of the right to marry worked a grave and continuing harm and the imposition of this disability on gays and lesbians served to disrespect and subordinate them. Indeed, the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibited this unjustified infringement of the fundamental right to marry. These considerations led to the conclusion that the right to marry was a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Supreme Court thus held that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry.

Having noted that substantial attention had been devoted to the question by various actors in society, and that according to their constitutional system individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right, it considered that were the Supreme Court to stay its hand and allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to same sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.

Lastly, noting that many States already allowed same-sex marriage – and hundreds of thousands of these marriages had already occurred – it

opined that the disruption caused by the recognition bans was significant and ever growing. Thus, the Supreme Court also found that there was no lawful basis for a State to refuse to recognise a lawful same-sex marriage performed in another State.

## THE LAW

### I. PRELIMINARY OBJECTIONS

#### A. Rule 47

**66.** The Government cited Article 47 of the Rules of Court. They highlighted that according to the recent revision of Article 47 of the Rules issued by the Plenary Court, the rules on what an application must contain must be applied in a stricter way. Thus, failure to comply with the requirements set out in paragraphs 1 and 2 of this rule may result in the application not being examined by the Court.

**67.** The applicants in application no. 18766/11 submitted that on the basis of the principle of *tempus regit actum*, the new Rule 47 adopted in 2013 could not apply to an application lodged in 2011.

**68.** The Court notes that, quite apart from the failure of the Government to indicate in what way the applicants failed to fulfil the requirements of Rule 47, it is only from 1 January 2014 that the amended Rule 47 applied stricter conditions for the introduction of an application with the Court. In the present case, the Court notes that all the applicants lodged their applications in 2011, and there is no reason to consider that they have not fulfilled the requirements of Rule 47 as applicable at the time.

**69.** It follows that any Government objection in this respect must be dismissed.

#### B. Victim status

**70.** Although not explicitly raised as an objection to the applications' admissibility, the Government submitted that the applicants had not indicated in what way they had suffered any actual damage, and the reference to the injury of the applicants was only abstract (inheritance rights, assistance to the partner, sub-entry into economic relationships acts). They pointed out that the Court could only judge upon specific circumstances of a case and not make evaluations going beyond the scope of the applications.

**71.** The Court considers it appropriate to deal with the argument at this stage. It notes that the applicants are individuals past the age of majority, who, according to the information submitted, are in same-sex relationships and in some cases are cohabiting. To the extent that the

Italian Constitution as interpreted by the domestic courts excludes same-sex couples from the scope of marriage law, and that because of the absence of any legal framework to that effect the applicants cannot enter into a civil union and organise their relationship accordingly, the Court considers that they are directly concerned by the situation and have a legitimate personal interest in seeing it brought to an end (see, *mutatis mutandis*, *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 49, ECHR 2013 (extracts), and by implication, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010).

**72.** Accordingly, the Court concludes that the individuals in the present applications should be considered “victims” of the alleged violations within the meaning of Article 34 of the Convention.

### **C. Exhaustion of domestic remedies**

#### *1. The Government*

**73.** The Government submitted that the applicants had failed to exhaust domestic remedies. They noted that in cases such as the present one it is possible to appeal against refusal to publish wedding banns before the relevant tribunal. The first-instance decision could then be challenged before the Court of Appeal and the Court of Cassation. However, Mr Oliari and Mr A. had failed to lodge a further appeal to the Court of Cassation, Mr Felicetti and Mr Zappa had not made any challenge to the administrative refusal to publish their banns, and Mr Perelli Cippo and Mr Zaccheo had failed to appeal against the first-instance judgment handed down in their case.

**74.** The Government referred to the principle of subsidiarity, and considered that the domestic courts could have given the applicants adequate redress for the damage suffered and offered them the legal and judicial means to obtain a statement at least recognising their union as a social formation like a life partnership as traditionally understood [sic]. In support of this the Government made reference to the Court of Cassation judgment no. 4184 delivered in 2012 concerning the registration of same sex marriage contracted abroad, which according to their translation reads as follows:

“[T]he case law of this Court (of Cassation) – according to which the difference in sex of the engaged couple is, together with the manifestation of the will expressed by the same in the presence of the civil state officer celebrant, indispensable minimum requirement for the ‘existence of civil marriage’ as legally relevant act – is no more suitable to the current legal reality, having been radically overcome the idea that the difference in sex couples preparing for marriage is a prerequisite, as to say ‘natural’ of the same ‘existence’ of marriage. For all the above reasons, the non-transcription of homosexual unions depends – not from their ‘non-existence’, nor by their ‘invalidity’ but – by their inability to produce, as marriage records precisely, legal effects in the Italian system.”



In that light, the Government considered that if the applicants had brought their case before the domestic judges they would at least have had a legal recognition of their union. However, they had deliberately chosen not to do so.

**75.** Furthermore, they noted that the claims lodged before the domestic courts solely concerned their inability to obtain same-sex marriage and not the inability to obtain an alternative form of recognition for such couples.

## *2. The applicants*

**76.** The applicants submitted that while the Constitutional Court in its judgment of no. 138/10 had found that Article 2 of the Constitution required legal protection of same-sex unions, it had no other option but to declare the complaint inadmissible, given the legislature's competence in the matter. A similar situation obtained in judgment no. 170/14 (see paragraph 36 above). Furthermore, the applicants submitted that the Government had not proved, by means of examples, that the domestic courts could provide any legal recognition of their unions. Indeed, given that the flaw related to the law (or lack thereof), ordinary domestic courts were prevented from taking any remedial action: even the court with competence to review the laws was unable to do this. Within the domestic system the appropriate remedy would have been a challenge before the Constitutional Court, which the Court had already stated was not a remedy to be used, it not being directly accessible to individuals (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 70, 17 September 2009). Moreover, in the present case such a challenge would not have been successful, given the precedent which lay in judgment no. 138/10, subsequently confirmed by other decisions.

## *3. The Court's assessment*

**77.** The Court reiterates that Article 35 § 1 of the Convention requires that complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to the appropriate domestic body, at least in substance (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 66, Reports 1996 IV, and *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05 §§ 144 and 146, ECHR 2010). The purpose of the exhaustion rule is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to it (see, among many other authorities, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V). That rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention, with which it has close affinity, that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system (*ibid.*). To be effective, a remedy must be capable of remedying directly the impugned state of affairs, and must offer

reasonable prospects of success (see *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 46, ECHR 2006 II).

**78.** The scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint; however, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law (see, for example, *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 97, ECHR 2000-VII). It is for the Court to determine whether the means available to an applicant for raising a complaint are "effective" in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 157-158, ECHR 2000 XI). Whether the redress given is effective will depend, among other things, on the nature of the right alleged to have been breached, the reasons given for the decision and the persistence of the unfavourable consequences for the person concerned after that decision (see, for example, *Freimanis and Līdums v. Latvia*, nos. 73443/01 and 74860/01, § 68, 9 February 2006). In certain cases a violation cannot be made good through the mere payment of compensation (see, for example, *Petkov and Others v. Bulgaria*, nos. 77568/01, 178/02 and 505/02, § 80, 11 June 2009 in connection with Article 3 of Protocol No. 1) and the inability to render a binding decision granting redress may also raise issues (see *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, § 115, Series A no. 61; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 82, Series A no. 116; and *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden*, no. 62332/00, § 118, ECHR 2006 VII).

**79.** The only remedies which Article 35 of the Convention requires to be exhausted are those that relate to the breaches alleged and at the same time are available and sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness (see *Akdivar and Others*, cited above, § 66, and *Vučković and Others v. Serbia* [GC], no. 17153/11, § 71, 25 March 2014).

**80.** In addition, according to the "generally recognised principles of international law", there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal (see *Selmouni*, cited above, § 75). However, the Court points out that the existence of mere doubts as to the prospects of success of a particular remedy which is not obviously futile is not a valid reason for failing to exhaust domestic remedies (see *Vučković and Others*, cited above, § 74, and *Brusco v. Italy* (dec.), no. 69789/01, ECHR 2001 IX). The issue of whether domestic remedies have been exhausted shall normally be determined by reference to the date when the application was lodged with the Court. This rule is however subject to exceptions which might be justified by the specific circumstances of each case (see, for example, *Baumann v. France*, no. 33592/96, § 47, 22 May 2001; *Nogolica*

v. Croatia (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII; and Mariën v. Belgium (dec.), no. 46046/99, 24 June 2004).

**81.** As regards the Government's main argument that none of the applicants availed themselves of the full range of remedies available (up to the Court of Cassation), the Court observes that at the time when all the applicants introduced their applications before the Court (March and June 2011) the Constitutional Court had already given judgment on the merits of the first two applicants' claim (15 April 2010), as a result of which the Court of Appeal dismissed their claims on 21 September 2010. The Constitutional Court subsequently reiterated those findings in two further judgments (lodged in the relevant registry on 22 July 2010 and 5 January 2011, see paragraph 45 above) also delivered before the applicants introduced their applications with the Court. Thus, at the time when the applicants wished to complain about the alleged violations there was consolidated jurisprudence of the highest court of the land indicating that their claims had no prospect of success.

**82.** The Government have not shown, nor does the Court imagine, that the ordinary jurisdictions could have ignored the Constitutional Court's findings and delivered different conclusions accompanied by the relevant redress. Further, the Court observes that the Constitutional Court itself could not but invite the legislature to take action, and it has not been demonstrated that the ordinary courts could have acted more effectively in redressing the situations in the present cases. In this connection, and in the light of the Government's argument that they could have obtained a statement at least on the recognition of their union based on the Court of Cassation judgment no. 4184/12, the Court notes as follows: firstly, the Government failed to give even one example of such a formal recognition by the domestic courts; secondly, it is questionable whether such recognition, if at all possible, would have had any legal effect on the practical situation of the applicants in the absence of a legal framework – indeed the Government have not explained what this ad hoc statement of recognition would entail; and thirdly, judgment no. 4184, referred to by the Government (which only makes certain references *en passant*), was delivered after the applicants had introduced their application with the Court.

**83.** Bearing in mind the above, the Court considers that there is no evidence enabling it to hold that on the date when the applications were lodged with the Court the remedies available in the Italian domestic system would have had any prospects of success. It follows that the applicants cannot be blamed for not having pursued an ineffective remedy, either at all or until the end of the judicial process. Thus, the Court accepts that there were special circumstances which absolved the applicants from their normal obligation to exhaust domestic remedies (see *Vilnes and Others v. Norway*, nos. 52806/09 and 22703/10, § 178, 5 December 2013).

**84.** Without prejudice to the above, in reply to the Government's last argument the Court observes that the domestic proceedings (undertaken by four of the applicants in the present case) related to the authorities' refusal to permit the applicants to marry. As the opportunity to enter into a registered partnership did not exist in Italy, it is difficult to see how the applicants could have raised the question of legal recognition of their partnership except by seeking to marry, especially given that they had no direct access to the Constitutional Court. Consequently, their domestic complaint focused on their lack of access to marriage. Indeed, the Court considers that the issue of alternative legal recognition is so closely connected to the issue of lack of access to marriage that it has to be considered as inherent in the present application (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 76). Thus, the Court accepts that such a complaint, at least in substance, included the lack of any other means to have their relationship recognised by law (*ibid.*, § 75). It follows that the domestic courts, particularly the Constitutional Court hearing the case concerning the first two applicants, was in a position to deal with the issue and, indeed, addressed it briefly, albeit only to conclude that it was for the legislature to take action on the matter. In these circumstances, the Court is satisfied that national jurisdictions were given the opportunity to redress the alleged violations being complained of in Strasbourg, as also characterised by the Court (see, *mutatis mutandis*, *Gatt v. Malta*, no. 28221/08, § 24, ECHR 2010).

**85.** It follows that in these circumstances the Government's objection must be dismissed.

## **D. Six months**

### *1. The Government*

**86.** The Government submitted that the complete application no. 18766/11 of 4 August 2011 was received by the Court on 9 August 2011, one year after the judgment of the Court of Appeal of Trent dated 23 September 2010, and that the complete application no. 36030/11 of 10 June 2011 was received by the Court on 17 June 2011, one year after the judgment of the Milan Tribunal of 9 June 2010, lodged in the relevant registry on 1 July 2010 in respect of Mr Perelli Cippo and Mr Zaccheo and in the absence of any judgment in respect of Mr Felicetti and Mr Zappa. Any material submitted to the Court before those dates had not contained all the characteristics of the application.

### *2. The applicants*

**87.** The applicants in application no. 18766/11 submitted that under Italian law the decision of the Trent Court of Appeal served on the applicants on 23 September 2010 became final after six months. It

followed that the application introduced on 21 March 2011 complied with the six month rule provided in the Convention.

**88.** The applicants in application no. 36030/11 considered that the alleged violations had a continuous character, as long as same-sex unions were not recognised under Italian law.

### *3. The Court's assessment*

#### **(a) Dates of introduction of the applications**

**89.** The Court reiterates that the six-month period is interrupted on the date of introduction of an application. In accordance with its established practice and Rule 47 § 5 of the Rules of Court, as in force at the relevant time, it normally considered the date of the introduction of an application to be the date of the first communication indicating an intention to lodge an application and giving some indication of the nature of the application. Such first communication, which at the time could take the form of a letter sent by fax, would in principle interrupt the running of the six-month period (see *Yartsev v. Russia* (dec.) no. 1376/11, § 21, 26 March 2013; *Abdulrahman v. the Netherlands* (dec.), no. 66994/12, 5 February 2013; and *Biblical Centre of the Chuvash Republic v. Russia*, no. 33203/08, § 45, 12 June 2014).

**90.** In the instant case, concerning application no. 18766/11, the first communication indicating the wish to lodge a case with the Court as well as the object of the application (in the instant case in the form of an incomplete application), was deposited by hand at the Court Registry on 21 March 2011: a completed application followed in accordance with the instructions of the Registry. There is thus no doubt that the date of introduction in respect of application no. 18766/11 was 21 March 2011. Similarly, concerning application no. 36030/11 a complete application was received by the Court by fax on 10 June 2011, it was followed by the original received by the Court on 17 June 2011. There is therefore also no doubt that the introduction date in respect of application no. 36030/11 must be considered to be 10 June 2011. It follows that in these circumstances the date of "receipt" by the Court of the original or the completed application forms is irrelevant for determining the date of introduction; the Government's argument to that effect is therefore misconceived.

**91.** It remains to be determined whether the applications introduced on those days complied with the six-month rule.

## **(b) Compliance with the six-month time-limit**

### *(i) General principles*

**92.** As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset, however, that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of knowledge of that act or its effect on or prejudice to the applicant (see *Mocanu and Others v. Romania* [GC], nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, § 259, ECHR 2014 (extracts)). Where an applicant avails himself of an apparently existing remedy and only subsequently becomes aware of circumstances which render the remedy ineffective, it may be appropriate for the purposes of Article 35 § 1 to take the start of the six-month period as the date when the applicant first became or ought to have become aware of those circumstances (*ibid.*, § 260; see also *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 136, ECHR 2012, and *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom* (dec.), no. 46477/99, 4 June 2001).

**93.** In cases where there is a continuing situation, the period starts to run afresh each day, and it is in general only when that situation ends that the six month period actually starts to run (see *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 159, ECHR 2009).

**94.** The concept of a “continuing situation” refers to a state of affairs which operates by continuous activities by or on the part of the State which render the applicants victims (see *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, § 75, 10 January 2012; see also, conversely, *McDaid and Others v. the United Kingdom*, no. 25681/94, Commission decision of 9 April 1996, Decisions and Reports (DR) 85-A, p. 134, and *Posti and Rahko v. Finland*, no. 27824/95, § 39, ECHR 2002 VII). The Court has however also established that omissions on the part of the authorities may also constitute “continuous activities by or on the part of the State” (see, for example, *Vasilescu v. Romania*, 22 May 1998, § 49, Reports of Judgments and Decisions 1998 III concerning a judgment preventing the applicant from regaining possession of her property; *Sabin Popescu v. Romania*, no. 48102/99, § 51, 2 March 2004 concerning a parent’s inability to regain parental rights; *Iordache v. Romania*, no. 6817/02, § 66, 14 October 2008; and *Hadzhigeorgievi v. Bulgaria*, no. 41064/05, §§ 56-57, 16 July 2013, both concerning non-enforcement of judgments, as well as, by implication, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 104, ECHR 2012, concerning the inability to broadcast television programmes).

**95.** In its case-law the Court has considered that there were “continuing situations” bringing the case within its competence with regard to Article

35 § 1, where a legal provision gave rise to a permanent state of affairs, in the form of a permanent limitation on an individual Convention protected right, such as the right to vote or to stand for election (see *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 83, 6 January 2011, and *Anchugov and Gladkov v. Russia*, nos. 11157/04 and 15162/05, § 77, 4 July 2013) or the right of access to court (see *Nataliya Mikhaylenko v. Ukraine*, no. 49069/11, § 25, 30 May 2013), or in the form of a legislative provision which intrudes continuously on an individual's private life (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and *Daróczy v. Hungary*, no. 44378/05, § 19, 1 July 2008)

*(ii) Application to the present case*

**96.** Turning to the particular features of the present case, the Court notes that in so far as the rights under Articles 8, 12 and 14 concerning the inability to marry or enter into a civil union are at issue the applicants' complaints do not concern an act occurring at a given point in time or even the enduring effects of such an act, but rather concern provisions (or in this case the lack thereof) giving rise to a continuing state of affairs, namely a lack of recognition of their union, with all its practical consequences on a daily basis, against which no effective domestic remedy was in fact available. The Convention organs have previously held that when they receive an application concerning a legal provision which gives rise to a permanent state of affairs for which there is no domestic remedy, the question of the six-month period arises only after this state of affairs has ceased to exist: "... in the circumstances, it is exactly as though the alleged violation was being repeated daily, thus preventing the running of the six month period" (see *De Becker v. Belgium*, (dec.) 9 June 1958, no. 214/56, Yearbook 2, and *Paksas*, cited above, § 83).

**97.** In the instant case, in the absence of an effective domestic remedy given the state of domestic case-law, and the fact that the state of affairs complained of has clearly not ceased, the situation must be considered as a continuing one (see, for example, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, nos. 11157/04 and 15162/05, § 77, 4 July 2013, albeit a different line had been taken previously in British cases concerning similar circumstances, see *Toner v. The United Kingdom* (dec.), § 29, no. 8195/08, 15 February 2011, and *Mclean and Cole v. The United Kingdom* (dec.), § 25, 11 June 2013). It cannot therefore be maintained that the applications are out of time.

**98.** Accordingly, the Government's objection is dismissed.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 14 IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

**99.** The applicants in application no. 18766/11 complained that they had no means of legally safeguarding their relationship, in that it was

impossible to enter into any type of civil union in Italy. They invoked Article 8 alone. The applicants in application nos. 18766/11 and 36030/11 complained that they were being discriminated against in breach of Article 14 in conjunction with Article 8. Those provisions read as follows:

Article 8

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 14

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

**100.** The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see, for example, *Gatt*, cited above, § 19). In the present case the Court considers that the complaints raised by the applicants in application no. 36030/11, also fall to be examined under Article 8 alone.

## **A. Admissibility**

### *1. Applicability*

**101.** The Government, referring to *Schalk and Kopf* (§§ 93-95), did not dispute the applicability of Article 14 in conjunction with Article 8.

**102.** As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 47, 22 January 2008; *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 32, ECHR 2003 IX; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, Reports 1998 II).

**103.** It is undisputed that the relationship of a same-sex couple, such as those of the applicants, falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8. Similarly, the Court has already held that the



relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership falls within the notion of “family life” (see Schalk and Kopf, cited above, § 94). It follows that the facts of the present applications fall within the notion of “private life” as well as “family life” within the meaning of Article 8. Consequently, both Article 8 alone and Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention apply.

## *2. Conclusion*

**104.** The Court notes that the complaints are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that they are not inadmissible on any other grounds. They must therefore be declared admissible.

## **B. Merits**

### *1. The parties’ submissions*

#### **(a) The applicants in application no. 18766/11**

**105.** The applicants referred to the evolution which had taken place, as a result of which many countries had legislated in favour of some type of institution for same-sex couples, the most recent additions being Gibraltar and Malta, whose legislation enacted in 2014 gave same-sex couples grosso modo the same rights and duties applicable to married couples; registered partnership for same-sex couples had also been instituted in Croatia. They considered that there was no reason why those unions should not be provided for in Italy. They noted in particular that the Italian Constitutional Court itself had considered that the state had an obligation to introduce in its legal system some form of civil union for same-sex couples. They referred to the Court’s jurisprudence concerning the positive obligations inherent in an effective respect for private and family life, and reiterated that according to the Court, where a particular facet of an individual’s existence or identity was at stake, or where the activities at stake involved a most intimate aspect of private life, the margin allowed to a State was correspondingly narrow (*Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, § 79, ECHR 2013).

**106.** The applicants noted that the Government had given no justification for the failure to legislate to this effect. On the contrary, they had tried to convince the Court that same-sex couples were already protected, despite the lack of a specific legal framework. This in itself was contradictory, because if the Government recognised the need to protect, then there was no other way of doing so than by providing a stable legal framework, such as marriage or a similar institution of registered partnership, or the like. Further, the applicants failed to understand the connection between the protection of family in its traditional sense and the legal recognition of a stable relationship of a same-sex couple.

**107.** The applicants considered that the recognition in law of one's family life and status was crucial for the existence and well-being of an individual and for his or her dignity. In the absence of marriage the State should, at least, give access to a recognised union by means of a solemn juridical institution, based on a public commitment and capable of offering them legal certainty. Currently they were denied such protection in law, and same-sex couples suffered a state of uncertainty, as shown by the domestic cases cited by the Government, which left people in the applicants' situation at the mercy of judicial discretion. The applicants noted that despite the fact that Italy had transposed EU directive 78/2000, the administration continued to deny certain benefits to same-sex couples, and did not consider them equal to heterosexual couples.

**108.** The applicants considered that the Government was misleading the Court by a wrong interpretation of the decision of the municipality of Milan concerning registration (see paragraph 130 below). The registration referred to did not provide for the issuance of a document certifying a "civil union" based on a bond of affection, but of a "union for record purposes (*unione anagrafica*)" based on a bond of affection. It solely concerned registration for the purposes of statistical records of the existing population, which was not to be confused with the notion of an individual's civil status. While noting that certain municipalities had embraced this system, very few couples had actually registered, since it had no effect on a person's civil status, and could only be produced as proof of cohabitation. Indeed it had no effects vis-à-vis third parties, nor did it deal with matters such as succession, parental matters, adoption, and the right to create a family business (*impresa familiare*). Similarly, the judgment of the tribunal of Grosseto concerning the registration of the marriage of a homosexual couple (see paragraph 38 above) had been a unique judgment and was, at the time of the submission of observations, pending appeal at the request of the Government. They further noted that the remarks made by the Court of Cassation in its judgment no. 4184/12, to the effect that a same-sex marriage contracted abroad was no longer contrary to the Italian public order, had been said in passing (*obiter dictum*), were not binding and the administration had not followed suit. Indeed the Court of Cassation had clearly decided the matter, in the sense that no such marriage was possible.

**109.** In connection with Article 14, the applicants reiterated that the State's margin of appreciation was narrow when the justification for evading such an obligation was based on the sexual orientation of individuals (they referred to *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013, and *X v. Turkey*, no. 24626/09, 9 October 2012), and very weighty reasons were necessary to justify a difference of treatment based on such grounds. They relied on the dissenting opinions in the judgment of *Schalk and Kopf*. They further considered that in the present case there was no point in arguing that it was not open for heterosexual couples to

enter into some sort of registered union, given that heterosexual couples had the opportunity to marry, while homosexual couples had no protection of this kind whatsoever.

**(b) The applicants in application no. 36030/11**

**110.** The applicants submitted that in view of the positive trend registered in Europe, the Court should now impose on States a positive obligation to ensure that same sex-couples have access to an institution, of whatever name, which was more or less equivalent to marriage. This was particularly so given that in Italy the Constitutional Court had upheld the need for homosexual unions to be recognised in law with the relevant rights and duties; despite this the legislator had remained inert.

**111.** The applicants noted that the Government had failed to demonstrate how recognition of same-sex unions would adversely affect actual and existing “traditional families”. Neither had the Government explained that prevention of any adverse effects could not be attained through less restrictive means. The applicants also noted that a finding of a violation in the present case would only oblige Italy to take legislative measures in this regard, leaving to the State the space to address any legitimate aim by tailoring the relevant legislation. It followed that the margin of appreciation, which was particularly narrow in respect of a total denial of legal recognition to same-sex couples, was, conversely, existent in relation to the form and content of such recognition, which however was not the subject of this application. They further noted that the present case did not raise moral and ethical issues of acute sensitivity (such as the issue of abortion) nor did it involve a balance with the rights of others, in particular children (such as adoption by homosexuals): the present case simply related to the rights and duties of partners towards each other (irrespective of the recognition of rights such as parental rights, adoption or access to medically assisted procreation).

**112.** The applicants submitted that in *Schalk and Kopf* one of the Chambers of the Court had found no violation of Article 14 in conjunction with Article 8, by a tight majority (4-3), considering that States enjoyed a margin of appreciation as to the timing of such recognition, and that at the time there was not yet a majority of States providing for such recognition. The applicants noted that until June 2014 (date of observations) 22 of 47 States recognised some form of same-sex union. These included all the Council of Europe (CoE) founding States except Italy, as well as countries sharing, like Italy, a deep attachment to the Catholic religion (such as Ireland and Malta). In addition Greece was also under an obligation to introduce such recognition following the judgment in *Vallianatos*. This meant that, at the time they submitted their observations, 49% of States had recognised same-sex unions. However, the applicants noted, with respect, that in *Schalk and Kopf* the Chamber had taken as a decisive factor “the majority of member States”, while in

earlier case-law (namely *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 84, ECHR 2002 VI), notwithstanding the little common ground that existed between States, and the fact that a European common approach was still lacking, the Grand Chamber chose to give less importance to those criteria and to give more importance to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend. Further, the applicants noted that in the present case it could not be said that there was a consensus on the practice followed by Italy.

**113.** The applicants contended that the Court could not be reduced to being an “accountant” of majoritarian domestic views. On the contrary, it had to be the guardian of the Convention and its underlying values, which include the protection of minorities (they referred in this connection to *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 52, ECHR 2003 I, and *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 97, ECHR 1999 VI). The applicants noted that bias was still present throughout Europe, and could be stronger in certain countries where prejudice against homosexuals was rooted in traditional, if not archaic, convictions and where democratic ideals and practices had only established themselves in recent times. The applicants noted that empirical evidence (submitted to the Court) showed that lack of recognition of same-sex couples in a given state corresponded to a lower degree of social acceptance of homosexuality. It followed that by simply deferring normative choices to the national authorities, the Court would fail to take account of the fact that certain national choices were in fact based on prevailing discriminatory attitudes against homosexuals, rather than the outcome of a genuine democratic process guided by the consideration of what is strictly necessary in a democratic society.

**114.** In the applicants’ view, even accepting a certain margin of appreciation it was not appropriate for the Italian Government to rely on it for the specific reason that the domestic courts had upheld the existence in domestic constitutional law of an obligation to recognise same-sex unions. The applicants contended that under the Court’s jurisprudence once a State provided for a right in domestic law it was then obliged to provide effective and non-discriminatory protection of such a right (they referred to *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 249, ECHR 2010). The applicants noted that Constitutional Court judgment no. 138/10 had the effect of affirming the existence of a constitutional fundamental right for same-sex partners to obtain recognition of their union and, to this effect, of a constitutional duty upon the legislature to enact an appropriate general regulation on the recognition of same-sex unions, with consequent rights and duties for partners. The recognition by the domestic courts that the concept of family was not limited to the traditional notion based on marriage had gone even beyond judgment no. 138/10. Other judgments in the field of fundamental rights held that as a matter of domestic constitutional law the notion of traditional family played a minor role in justifying restrictions: examples pertained to medically assisted

procreation (nos. 162/14 and 151/09); rules on the transmission of the family name to children (no. 61/06); a partner's right to succeed in a lease contract (no. 404/88); and a partner's right to refrain from giving testimony in judicial proceedings (no. 7/97).

**115.** The lack of recognition of their union affected and disadvantaged the applicants in many specific and concrete ways. The applicants noted that even if the law recognised some specific and limited rights for non-married (heterosexual or same-sex) couples, these were not dependent on status, but on a *de facto* situation of cohabitation more uxorio. In fact, in the domestic cases concerning reparation in the case of a partner's death, the Court of Cassation (judgment no. 23725/08) had held that for such purposes the existence of a stable relationship providing mutual, moral and material assistance would have to be proved, and that declarations made by the interested individuals (affidavit) or indications given to the administration for the purposes of statistics would not suffice. Thus, the applicants submitted that to exercise or claim their rights they could not rely on status resulting from an act of common will, but had to resort to proving the existence of a factual situation. In addition, only a limited number of rights had been recognised in respect of *de facto* partners, and in most cases they remained without legal protection. They submitted the following as a non exhaustive list of examples of the latter (on the basis of legal provisions, and in certain cases confirmed by case-law): the law failed to regulate the respective rights and duties of partners (as also noted by the Constitutional Court) in spheres such as material and moral assistance between partners, the responsibilities in contributing to the needs of the family, or their choices concerning family life; there was a lack of inheritance rights in the case of intestate succession; *de facto* partners were not entitled to a reserved portion (*legitim*) and a surviving partner did not enjoy a right *in rem* to live in the family home owned by the deceased partner (Constitutional Court judgment no. 310/89); there existed no right to a survivor's pension (Constitutional Court judgment no. 461/2000); *de facto* partners had limited rights concerning assistance to a hospitalised partner when the latter was not able to express his or her will; in principle a *de facto* partner had no right to access his or her companion's medical file (although the Garante della Privacy in its decision of 17 September 2009, found otherwise, in the event of proof of written consent); *de facto* partners did not have maintenance rights and duties; *de facto* partners were not entitled to special leave from work to assist a partner affected by a serious disability; *de facto* partners did not benefit from most taxation or social policies relating to family: for example, they could not benefit from tax deductions applicable to dependent spouses; and *de facto* partners had no access to adoption or to medically assisted procreation.

**116.** The applicants noted that while a certain limited degree of protection could have been obtained by means of private agreements, this was irrelevant, and the Court's Grand Chamber had already rejected such

an argument in *Vallianatos* (§ 81). Furthermore, such arrangements were time consuming and costly, as well as stressful, and again it was a burden only to be carried by the applicants and not by heterosexual couples, who could opt for marriage, or by couples who were not interested in having any legal recognition. The lack of legal recognition of the union, besides causing legal and practical problems, also prevented the applicants from having a ritualised public ceremony through which they could, under the protection of the law, solemnly undertake the relevant duties towards each other. They considered that such ceremonies brought social legitimacy and acceptance, and particularly in the case of homosexuals, they went to show that they also have the right to live freely and to live their relationships on an equal basis, both in private and in public. They noted that the absence of such recognition brought about in them a sense of belonging to an inferior class of persons, despite their needs in the sphere of love being the same.

**117.** The applicants submitted that the fact that 155 of the existing 8,000 municipalities had recently instituted what are known as “registers of civil unions” had not corrected the situation. Accepting their political and symbolic importance, the applicants submitted that such registers, available only on a small portion of the territory, were merely administrative acts which were unable to confer a status on the applicants or bestow any legal rights. Such initiatives only testified to the willingness of certain authorities to include unions outside marriage when taking measures concerning families, within their sphere of competence.

**118.** The applicants submitted that the alleged violation was a direct consequence of the vacuum in the legal system in force. The applicants’ were in a relevantly similar situation to that of a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship. They further claimed that they were also in a position which was significantly different from that of opposite-sex couples who, though eligible for marriage, did not wish to obtain legal recognition of their union. They noted that the only basis for the difference in treatment suffered by the applicants was their sexual orientation, and that the Government had failed to give weighty reasons justifying such treatment, which constituted direct discrimination. Neither was any justification submitted as to why they were subject to indirect discrimination, in that they were treated in the same way as persons who were in a significantly different situation (they referred to *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000 IV), namely that of heterosexual couples who were not willing to marry.

**119.** The Government, relying solely on their margin of appreciation, gave no reasons at all, let alone weighty ones, to justify such a situation. In the applicants’ view this stance was already sufficient to find a violation of the cited provisions.

**120.** Nevertheless, even assuming that the difference in treatment may be considered to be aiming at “the protection of the family in the traditional sense”, given the Court’s evolving case-law they considered that it would be unacceptable to frame restrictions on the basis of sexual orientation as aimed at protecting public morals. This, in their view, would be in radical contrast with the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there was no democratic society (they referred to *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 50, Series A no. 24). In connection with the notion of the traditional family the applicants referred to the Court’s findings in *Vallianatos* (cited above, § 84) and *Konstantin Markin* (cited above, § 127).

**121.** Lastly, they noted that in *Vallianatos* the Court stressed that “the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of the provisions at issue ... the burden of proof in this regard is on the respondent Government.” Moreover, the need for any restriction was to be assessed in relation to the principles which normally prevail in a democratic society (they referred to *Konstantin Markin*, cited above).

### **(c) The Government**

**122.** The Government noted that the Court recognised the Convention right of same-sex couples to see their union legally acknowledged, but considered that the relevant provisions (Articles 8, 12 and 14) did not give rise to a legal obligation on the Contracting States, as the latter enjoyed a wider margin of appreciation in the adoption of legislative changes able to meet the changed “common sense” of the community. Indeed, in that light, in *Schalk and Kopf*, although lacking legislation on marriage or other forms of recognition of homosexual unions, the Austrian State was not held responsible for violations of the Convention. In the Government’s view, as in *Gas and Dubois v. France*, (no. 25951/07, ECHR 2012), the Court had acknowledged that the State had no obligation to provide for same-sex marriage, so it also had no obligation to provide for other same-sex unions.

**123.** Referring to the principles laid down by the Court, the Government observed that the social and cultural sensitivities of the issue of legal recognition of homosexual couples gave each Contracting State a wide margin of appreciation in the choice of the times and modes of a specific legal framework. They further relied on the provisions of Protocol No. 15. They noted that the same margin had been provided for in EU law, particularly Article 9 of the Bill of Rights. This matter had thus to be left to the individual State (in this case Italy), which was the only entity capable of having cognisance of the “common sense” of its own community,

particularly concerning a delicate matter which affected the sensitivity of individuals and their cultural identities, and where time was necessarily required to achieve a gradual maturation of a common sense of national community on the recognition of this new form of family in the Convention sense.

**124.** In the Government's view the Court had no power to impose such an obligation. Nor could such an obligation be dictated by other States which, in the meantime – most of them only recently (see for example, Malta, 2014) – had adopted a rule as a result of an internal process of social maturation. The Government noted that, at the time of the submission of their observations, less than half the European Contracting States had provided legal forms of protection for unmarried couples, including homosexuals, and many had done so only recently (for example, Austria in 2010, Ireland in 2011, and Finland in 2012), and in the other half it was not provided for at all. They further considered that the fact that at the end of a gradual evolution a State was in an isolated position with regard to an aspect of its legislation did not necessarily mean that that aspect was in conflict with the Convention (they referred to Vallianatos, § 92). The Government thus considered that no positive obligation to legislate in the matter of homosexual couples descended from any article of the Convention. It was solely for the State to decide whether to prohibit or allow same-sex unions, and currently there was no trend to this effect (this process and result could also be seen in the United States of America, where each state was allowed to regulate the matter).

**125.** Turning to the situation pertaining to Italy, the Government referred to judgment no. 138/10 (see paragraph 16 above), in which the Constitutional Court had recognised the importance for same-sex couples of being able to see their union legally acknowledged, but had left it to Parliament to identify the timing, methods and limits of such a regulatory framework. Thus, contrary to the applicants' argument, there was no immediate obligation, and the Constitutional Court had not enshrined such a constitutional obligation. Reference to this finding had also been made in the recent Constitutional Court judgment no. 170/14 concerning "forced divorce" following gender reassignment. However, unlike in the present case, in the latter case the Constitutional Court had invited the legislator to act promptly because the individuals concerned had already established a marital relationship productive of effects and consequences which were suddenly brought to a halt. In the instant case, the Constitutional Court acknowledged the existence of a fundamental right, with a consequent need to ensure the legal protection of same-sex unions whenever unequal treatment arose. However, it had delegated to the ordinary national courts the role of controlling, on a case-by-case basis, whether in each specific case the rules provided for different gender unions were extendable to same sex ones. If, in the courts' view, there was unequal treatment to the detriment of same-sex couples, they could refer the question to the



Constitutional Court claiming the rule examined to be discriminatory and calling for corrective intervention by the judge.

**126.** The Government further submitted that the Italian State had been engaged in developing legal status for same-sex unions since 1986, by means of intense debate and a variety of bills on the recognition of civil unions (also between same-sex couples). The issue had always been considered timely and relevant, and recent bills to this effect, introduced by various political parties, were in the process of undergoing parliamentary scrutiny (see paragraphs 46-47 above). Thus, while noting the widespread social and legal ferment on the issue, the Government highlighted that the matter had continued to be debated in recent times. They referred particularly to the President of the Italian Council of Ministers, who had publicly claimed to have assigned top priority to the legal recognition of same-sex unions and to the imminent discussion and examination in the Senate of Bill no. 14 on civil unions for same-sex couples, which, in terms of obligations, specifically corresponded to the institution of marriage and the rights therein, including adoption, inheritance rights, the status of a couple's children, health care and penitentiary care, residence and working benefits. Thus, Italy was perfectly in line with the pace of maturation which would lead to a European consensus, and could not be blamed for not having yet legislated on the matter. This intense activity in the past thirty years showed an intention on the part of the State to find a solution which would meet with public approval, as well as corresponding to the needs of the protection of a part of the community. It also showed, however, that despite the attention paid to the issue by various political forces, it was difficult to reach a balance between the different sensitivities on such a delicate and deeply felt social issue. They noted that the delicate choices involved in social and legislative policy had to achieve the unanimous consent of different currents of thought and feeling, as well as religious sentiment, which were present in society. It followed that the Italian State could not be held responsible for the tortuous course towards recognition of same-sex unions.

**127.** The Government, however, contended that they had still, in many ways, demonstrated that they recognised homosexual unions as legally existing and relevant, and that they had offered them specific and concrete forms of legal protection, through judicial and non-judicial means. Domestic jurisprudence had in most circumstances recognised same-sex unions as a reality, with legal and social importance. Indeed, the Italian supreme courts recognised that, in some specific circumstances, same-sex couples may have the same rights as heterosexual married couples: they referred to the Constitutional Court judgments nos. 138/10; 276/2010 and 4/2011 (all mentioned above) and particularly the Court of Cassation judgment no. 4184/12, as well as the Reggio Emilia ordinance of 13 February 2012 and the decision of the Tribunal of Grosseto (see paragraph 37 above): according to the

Government, subsequent to the latter decision registration of such marriages became the common practice (an example was the decision of the Municipality of Milan of 7 May 2013).

**128.** The Government pointed out that the protection of same-sex couples was not limited to the recognition of the union and the family relationship itself. It was actually ensured with specific reference to concrete aspects of their common life. The Government referred to a number of judgments of the ordinary courts: the Rome Tribunal judgment no. 13445/82 of 20 November 1982 which, in a case concerning the lease of an apartment, considered cohabitation by a homosexual couple to be on an equal footing with that of a heterosexual couple; the Milan Tribunal ordinance of 13 February 2011, in which the surviving partner, who had had a long-standing relationship with the victim, was awarded non-pecuniary damages for the loss of the same-sex partner; the Milan Tribunal ordinance of 13 November 2009 [sic] admitting the application as a civil party of the homosexual partner of a victim for the purposes of compensation for the loss suffered; Judgment no. 7176/12 of the Milan Court of Appeal, Labour Section of 29 March 2012, lodged in the relevant registry on 31 August 2012, which granted to the same-sex partner the welfare benefits payable by the employer to the family living with the employee; Judgment of the Rome Court of Minors no. 299/14 of 30 June 2014 which granted “the right to adopt to a homosexual couple” [sic], recte: the right of a non-biological “mother” to adopt her lesbian partner’s child (conceived through medically assisted procreation, abroad, in pursuance of their wish for joint parenthood) given the best interests of the child.

**129.** The Government further stressed that same-sex couples wishing to give a legal framework to various aspects of their community life could enter into cohabitation agreements (*contratti di convivenza*). Such agreements enabled same-sex couples to regulate aspects related to; i) the manner of sharing common expenses, ii) the criteria for the allocation of ownership of assets acquired during the cohabitation; iii) the manner of use of the common residence (whether owned by one or both partners); iv) the procedure for the distribution of assets in the event of termination of cohabitation; v) provisions relating to rights in cases of physical or mental illness or incapacity; and vi) acts of testamentary disposition in favour of the cohabiting partner. Such agreements had recently been publicised by the National Council of Notaries, in the light of the growing phenomenon of *de facto* unions. The Government explained that in order to give cohabitation agreements the organic nature of a legal framework for *de facto* unions, whether between couples of the same or different sex, a proposal had been made for the Civil Code to be amended, which introduced a regulatory body dedicated to these situations (Civil Code Chapter XXVI, Article 1986 bis et sequi).

**130.** The Government further noted that since 1993 a growing number of municipalities (to date 155) had established a Register of Civil Unions, which allowed homosexual couples to register themselves to enable their recognition as families for the purposes of administrative, political, social and welfare policy of the city. This was in place in both small and larger towns, and was an unequivocal sign of a progressive and growing social consensus in favour of the recognition of such families. Concerning the content and effects of this form of protection, the Government referred by way of example to the regulations of the register of civil unions issued by the city of Milan (resolution no. 30 of 26 July 2012) according to which the city was committed to protecting and supporting civil unions, in order to overcome situations of discrimination and to promote integration into the social, cultural and economic development of the territory. The thematic areas within which priority action was required were housing, health and social services, policies for youth, parents and seniors, sports and leisure, education, school and educational services, rights, participation, and transportation. The acts of the administration were to provide non discriminatory access to these areas and to prevent conditions of social and economic disadvantage. Within the city of Milan, a person enrolled in the register was equivalent to “the next of kin of the person with whom he or she is registered” for the purposes of assistance. The City Council shall, at the request of interested parties, grant a certificate of civil union based on an affective bond of mutual, moral and material assistance.

**131.** The Government further submitted that since 2003 Italian legislation had been in place for equal treatment in employment and occupation under Directive 2000/78/EC. They noted that the protection of civil unions received more acceptance in certain branches of the State than in others. As an example, they referred to a decision of the Garante della Privacy (a collegial body made of four elected parliamentarians that deals with the protection of personal data) of 17 September 2009, which recognised a surviving partner’s right to request a copy of the deceased partner’s medical records, despite the heirs’ opposition.

**132.** In their observations in reply, the Government denied categorically that the aim of the contested measure, or rather the absence of such a measure, was to protect the traditional family or the morals of society (as had been claimed by the applicants).

**133.** In particular, in connection with Article 14, the Government distinguished the present case from that of Vallianatos. They noted that it was not possible yet to state that there existed a European common view on the matter and most states were, in fact, still deprived of this kind of regulatory framework. They further relied on the Court’s findings in *Shalk and Kopf*. The Government submitted that while the Italian State had engaged in the development of a number of bills concerning *de facto* couples, they had not given rise to unequal treatment or discrimination. Similarly, given the concrete recognition and legal judicial, legislative, and

administrative protection awarded to same-sex couples (as described above), the conduct of the Italian State could not be considered discriminatory. Furthermore, the applicants had not given specific details of the suffering they alleged, and any abstract or generic damage could not be considered discriminatory. Had it been so, it could also be considered discriminatory against heterosexual unmarried couples, as no difference of treatment existed between the two mentioned types of couples.

#### **(d) Third-party interveners**

*(i) Prof Robert Wintemute, on behalf of the non-governmental organisations FIDH (Fédération Internationale des ligues de Droit de l'Homme), AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe), ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), ECSOL (European Commission on Sexual Orientation Law), UFTDU (Unione forense per la tutela dei diritti umani) and LIDU (Lega Italiana dei Diritti dell'Uomo).*

*(α) positive obligation to provide some means of recognition*

**134.** Those intervening submitted that there existed an emerging consensus, in European and other democratic societies, that a government may not limit a particular right, benefit or obligation to married couples, to the exclusion of same-sex couples who were legally prevented from getting married. They referred to the situation in March 2014, where at the time 44.7% of CoE member States had legislated in favour of same-sex relationships (see above for the current situation) and where Greece was yet to amend its legislation following the judgment in *Vallianatos*, as well as the Italian Constitutional Court's invitation to the legislature to legislate accordingly. They noted that up until March 2014, outside Europe legislation had been adopted in Argentina, Australia<sup>4</sup>, Canada<sup>5</sup>, Mexico<sup>6</sup>, New Zealand, South Africa and Uruguay. In the United States, 21 of 50 states (42%) and the District of Columbia had granted legal recognition to same-sex couples, through access to marriage, civil union or domestic partnership, as the result of legislation or a judicial decision. The interveners opined that there was a growing consensus in European and other democratic societies that same-sex couples must be provided with some means of qualifying for particular rights, benefits and obligations attached to legal marriage, and as noted in *Smith and Grady v. the United Kingdom* (nos. 33985/96 and 33986/96, § 104, ECHR 1999 VI), even if relatively recent, the Court cannot overlook the widespread and

---

4. Alternative registration systems in 5 of 8 states and territories, in addition to recognition of cohabiting same-sex couples at the federal level in all 8 states and territories.

5. Federal legislation on capacity to marry applying to all 13 provinces and territories, in addition to recognition of cohabiting same-sex couples at the federal level and in all 13 provinces and territories, and civil unions in Québec.

6. At least 2 states and the Federal District.

consistently developing views and associated legal changes to the domestic laws of Contracting States on this issue. The Court had therefore to take account of this evolution and any further development until the date of its judgment. They considered that the Court's approach in *Goodwin* (§ 85; see also §§ 91, 93, 103) to give more weight to "a continuing international trend" applied, *mutatis mutandis*, in the present case.

**135.** They submitted that judicial reasoning in a growing number of decisions required at least an alternative to legal marriage, if not access to legal marriage for same-sex couples. They noted that although many of the courts (mentioned below) found direct discrimination based on sexual orientation, and required equal access to legal marriage for same-sex couples, their reasoning supported *a fortiori* (at least) a finding of indirect discrimination based on sexual orientation, and (at least) a requirement that governments provide alternative means of legal recognition to same-sex couples. They noted the following:

The first court to require equal access for same-sex couples to the rights, benefits and obligations of legal marriage, while leaving it to the legislature to decide whether this access would be through legal marriage or an alternative registration system, was the Vermont Supreme Court in *Baker v. State*, 744 A.2d 864 (1999):

"We hold only that plaintiffs are entitled under ... the Vermont Constitution to obtain the same benefits and protections afforded ... to married opposite-sex couples. We do not purport to infringe upon the prerogatives of the Legislature ... other than to note ... [the existence of] 'registered partnership' acts, which ... establish an alternative legal status to marriage for same-sex couples, ... create a parallel ... registration scheme, and extend all or most of the same rights and obligations ... [T]he current statutory scheme shall remain in effect for a reasonable period of time to enable the Legislature to ... enact implementing legislation in an orderly and expeditious fashion."

A law on same-sex civil unions was passed in 2000.

The British Columbia Court of Appeal went further in *EGALE Canada* (1 May 2003), 225 D.L.R. (4th) 472, holding that the exclusion of same-sex couples from legal marriage amounted to discrimination violating the Canadian Charter. It could not see (§ 127):

"... how according same-sex couples the benefits flowing to opposite-sex couples in any way inhibits, dissuades or impedes the formation of heterosexual unions ..."

The Ontario Court of Appeal agreed with the above in *Halpern* (10 June 2003), 65 O.R. (3d) 161 (§ 107):

"... [S]ame-sex couples are excluded from ... the benefits that are available only to married persons ... Exclusion perpetuates the view that same-sex relationships are

less worthy of recognition than opposite-sex relationships ... [and] offends the dignity of persons in same-sex relationships.”

The Ontario Court ordered the issuance of marriage licences to same-sex couples that day.

The British Columbia Court followed on 8 July 2003 (228 D.L.R. (4th) 416). A federal law (approved by the Supreme Court of Canada)<sup>7</sup> extended these appellate decisions to all ten provinces and three territories from 20 July 2005.<sup>8</sup>

On 18 November 2003 the Massachusetts Supreme Judicial Court reached the same conclusion as the Canadian courts in *Goodridge*, 798 N.E.2d 941:

“The question before us is whether, consistent with the Massachusetts Constitution, the [State] may deny the protections, benefits, and obligations conferred by civil marriage to two individuals of the same sex ... We conclude that it may not.”

On 30 November 2004, South Africa’s Supreme Court of Appeal agreed with the Canadian and Massachusetts courts, and restated the common-law definition of marriage as: “the union between two persons to the exclusion of all others for life.”<sup>9</sup> On 1 December 2005, South Africa’s Constitutional Court concluded that the remaining statutory obstacle to marriage for same sex couples was discriminatory (§ 71):

“ ... The exclusion of same-sex couples from ... marriage ... represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders ... that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples ... that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples ...”<sup>10</sup>

South Africa’s Parliament responded by enacting the Civil Union Act (No. 17 of 2006, in force on 30 November 2006), allowing any couple, different-sex or same-sex, to contract a “civil union” and choose whether it should be known as a ‘marriage’ or a ‘civil partnership’.

On 25 October 2006, in *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (2006), the New Jersey Supreme Court adopted the same approach as the Vermont Supreme Court:

“Although we cannot find that a fundamental right to same-sex marriage exists in this State [cf. *Schalk & Kopf*], the unequal dispensation of rights and benefits to committed same-sex partners can no longer be tolerated under our State Constitution. With this State’s legislative and judicial commitment to eradicating

---

7. *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698.

8. See R. Wintemute, “Sexual Orientation and the Charter”, (2004) 49 *McGill Law Journal* 1143; Civil Marriage Act, Statutes of Canada 2005, chapter 33.

9. *Fourie v. Minister of Home Affairs* (30 Nov. 2004), Case No. 232/2003.

10. *Minister of Home Affairs v. Fourie; Lesbian & Gay Equality Project* (Cases CCT60/04, CCT10/05).

sexual orientation discrimination as our backdrop, we now hold that denying rights and benefits to committed same-sex couples ... given to their heterosexual counterparts violates the equal protection guarantee ... [T]he Legislature must either amend the marriage statutes to include same-sex couples or create a parallel statutory structure, which will provide for, on equal terms, the rights and benefits enjoyed and burdens and obligations borne by married couples. ... The name to be given to the statutory scheme ..., whether marriage or some other term, is a matter left to the democratic process."

A law on same-sex civil unions was passed in 2006.

On 15 May 2008 the California Supreme Court decided *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (2008). It found that legislation excluding same-sex couples from legal marriage breached (*prima facie*): (a) their fundamental right to marry, an aspect of the right of privacy; and (b) their right to equal protection based on sexual orientation, a 'suspect classification'. It subjected the legislation to 'strict scrutiny' and found that it was not 'necessary' to further a 'compelling constitutional interest', even though same-sex couples could acquire nearly all the rights and obligations attached to marriage by California law through a "domestic partnership".<sup>11</sup>

On 10 October 2008 the Connecticut Supreme Court agreed with the California Court in *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 957 A.2d 407 (2008).

On 3 April 2009 in *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009), the Iowa Supreme Court agreed with the decisions in Massachusetts, California and Connecticut:

"[C]ivil marriage with a person of the opposite sex is as unappealing to a gay or lesbian person as civil marriage with a person of the same sex is to a heterosexual. Thus, the right of a gay or lesbian person ... to enter into a civil marriage only with a person of the opposite sex is no right at all. ... State government can have no religious views, either directly or indirectly, expressed through its legislation. ... This ... is the essence of the separation of church and state. ... [C]ivil marriage must be judged under our constitutional standards of equal protection and not under religious doctrines or the religious views of individuals ... [O]ur constitutional principles ... require that the state recognize both opposite-sex and same-sex civil marriage."

On 5 May 2011 Brazil's *Supremo Tribunal Federal* (STF) interpreted Brazil's Constitution as requiring that existing legal recognition of 'stable

---

11. The Californian Court's decision allowed same-sex couples to marry in California from 16 June 2008 until 4 November 2008, when 52% of voters in a referendum supported an amendment to the Californian Constitution (Proposition 8). Proposition 8 converted the rule denying access to legal marriage to same-sex couples from a sub-constitutional rule (adopted after the 2000 referendum on Proposition 22 and struck down by the Court in 2008) to a constitutional rule that could only be repealed after a second referendum: Article I, Section 7.5: "Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California." The Court upheld Proposition 8 in *Strauss v. Horton* (26 May 2009), but maintained the validity of the legal marriages of same-sex couples who married before 4 November 2008. The Court's decision was reinstated, and Proposition 8 struck down, by the procedural effect of *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652 (26 June 2013).

unions' (cohabitation outside marriage) include same-sex couples.<sup>12</sup> On 25 October 2011 Brazil's *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) ruled in *Recurso Especial* no. 1.183.378/RS that, in the absence of an express prohibition (as opposed to authorisation) of same-sex marriage in Brazilian law, two women could convert their 'stable union' into a marriage under Article 1726 of the Civil Code ("A stable union can be converted into a marriage at the request of the partners before a judge and following registration in the Civil Registry"). On 14 May 2013, relying on the decisions of the STF and the STJ, the *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ, which regulates the judiciary but is not itself a court, Resolução No. 175) ordered all public officials authorised to marry couples, or to convert 'stable unions' into marriages, to do so for same-sex couples. A constitutional challenge to the resolution of the CNJ by the *Partido Social Cristão* has been pending in the STF since 7 June 2013: *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) 4966. It seems likely that the STF will endorse the reasoning of the STJ and the CNJ.

On 26 July 2011 Colombia's Constitutional Court "exhorted" Colombia's Congress to legislate to provide same-sex couples with the same rights as married different-sex couples. Congress refused to do so, triggering the Court's default remedy from 20 June 2013: same-sex couples have the right to appear before a notary or judge to "formalise and solemnise their contractual link".<sup>13</sup>

On 5 December 2012 Mexico's Supreme Court decided that three same sex couples in the state of Oaxaca had the right under the federal constitution to marry.<sup>14</sup>

On 19 December 2013 in *Griego v. Oliver*, 316 P.3d 865 (2013), the New Mexico Supreme Court became the fifth state supreme court to require equal access to marriage for same-sex couples:

"We conclude that the purpose of New Mexico marriage laws is to bring stability and order to the legal relationship of committed couples by defining their rights and responsibilities as to one another, their children if they choose to raise children together, and their property. Prohibiting same-gender marriages is not substantially related to the governmental interests advanced ... or to the purposes we have identified. Therefore, barring individuals from marrying and depriving them of the rights, protections, and responsibilities of civil marriage solely because of their sexual orientation violates the Equal Protection Clause ... of the New Mexico Constitution. ... [T]he State of New Mexico is constitutionally required to allow same-gender couples to marry and must extend to them the rights, protections, and responsibilities that derive from civil marriage under New Mexico law."

---

12. See <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> (last accessed June 2015)

13. *Sentencia* C-577/11, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm> (last accessed June 2015), pp. 193-194.

14. *Amparos en Revisión* 457/2012, 567/2012, 581/2012, *Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia*.



**136.** As regards national supreme courts in Europe, although no court has yet interpreted its national constitution as prohibiting the exclusion of same-sex couples from legal marriage, or requiring alternative means of legal recognition, on 9 July 2009 two of the five judges of Portugal's *Tribunal Constitucional* dissented from the majority's decision to uphold the exclusion.<sup>15</sup> On 2 July 2009, Slovenia's Constitutional Court held in *Blažic & Kern v. Slovenia* (U-I-425/06-10) that same-sex registered partners must be granted the same inheritance rights as different-sex spouses. On 7 July 2009, Germany's Federal Constitutional Court held (1 BvR 1164/07) that same-sex registered partners and different-sex spouses must be granted the same survivor's pensions. And, since 22 September 2011, Austria's Constitutional Court has issued five decisions finding that (same-sex) registered partners must have the same rights as (different-sex) married couples.<sup>16</sup>

**137.** Those intervening further noted that the Parliamentary Assembly of the CoE (PACE) has recommended: (a) that member States "review their policies in the field of social rights and protection of migrants ... to ensure that homosexual partnership[s] and families are treated on the same basis as heterosexual partnerships and families" (Recommendation 1470 (2000)); and (b) that they "adopt legislation which makes provision for registered [same-sex] partnerships".<sup>17</sup> The EU's European Parliament first called for equal treatment of different-sex and same-sex couples in a 1994 resolution seeking to end "the barring of [same-sex] couples from marriage or from an equivalent legal framework".<sup>18</sup>

**138.** In 2004, the EU's Council amended the Staff Regulations to provide for benefits for the non-marital partners of EU officials:

"non-marital partnership shall be treated as marriage provided that ... the couple produces a legal document recognised as such by a member State ... acknowledging their status as non-marital partners, ... [and] ... has no access to legal marriage in a member State".<sup>19</sup>

**139.** Finally, in 2008, the CoE's Committee of Ministers agreed that:

"A staff member who is registered as a stable non-marital partner shall not be discriminated against, with regard to pensions, leave and allowances under the Staff Regulations ..., vis-à-vis a married staff member provided that ...: (i.) the couple produces a legal document recognised as such by a member state ... acknowledging their status as non-marital partners; ... (v.) the couple has no access to legal marriage in a member state." <sup>20</sup>

15. See *Acórdão* 359/09 (9 July 2009), <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos09/301-400/35909.htm> (last accessed June 2015) (*Declaração de Voto*: Judges Gil Galvão and Maria João Antunes).

16. See <http://www.sexualorientationlaw.eu/documents/austria.htm>. (no longer accessible)

17. Recommendation 1474 (2000), para. 11(iii)(i). See also Resolution 1547 (2007), para. 34.14.

18. "Resolution on equal rights for homosexuals ... in the EC" (8 Feb. 1994), OJ C61/40 at 42, para. 14.

19. Staff Regulations of [EC] officials ..., Article 1d(1); Annex VII, Article 1(2)(c); Annex VIII, Article. 17, as amended by Council Regulation 723/2004/EC (22 March 2004), OJ L124/1. Cf. Decision No. 2005/684/EC of the European Parliament, Art. 17(9), (28 Sept. 2005), OJ L262/6 ("[p]artners from relationships recognised in the Member States shall be treated as equivalent to spouses").

20. Resolution CM/Res(2008)22, 19 Nov. 2008.

*(β) Discrimination*

**140.** Those intervening considered that, even assuming that the Convention did not yet require equal access to legal marriage for same-sex couples, it was (at least) indirect discrimination based on sexual orientation to limit particular rights or benefits to married different-sex couples, but provide no means for same-sex couples to qualify. Referring to *Thlimmenos v. Greece* and *D.H. and Others v. the Czech Republic* ([GC], no. 57325/00, ECHR 2007 IV), they considered that failure to treat same-sex couples differently because of their legal inability to marry, by providing them with alternative means of qualifying for the right or benefit, required an objective and reasonable justification. They noted that indirect discrimination, as defined in Council Directive 2000/78/EC, Art. 2(2)(b), occurs when “an apparently neutral ... criterion ... would put persons having a ... particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless [it] is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.” In their view, to avoid indirect discrimination against same-sex couples, governments must grant them an exemption from a requirement that they be legally married to qualify for particular rights or benefits. This meant, for example, that a public-sector employer or pension scheme could maintain a marriage requirement for different-sex couples<sup>21</sup> (just as the rule on felony convictions could be maintained in *Thlimmenos*), but must exempt same-sex couples and find some alternative means for them to qualify (example, a civil union or registered partnership certificate, a sworn statement, or other evidence of a committed relationship).

**141.** In *Christine Goodwin* (cited above), the Grand Chamber required CoE member States to legally recognise gender reassignment, but left the details of recognition to each member State. Similarly, an obligation to exempt same-sex couples from a marriage requirement, to avoid indirect discrimination, would leave to member States the choice of the method used to do so. A member State would find at least five options within its margin of appreciation: (1) it could grant same-sex couples who could prove the existence of their relationship for a reasonable period a permanent exemption from the marriage requirement;<sup>22</sup> (2) it could grant the same exemption to unmarried different-sex couples; (3) it could grant a temporary exemption to same-sex couples until it had created an alternative registration system, with a name other than marriage, allowing

21. See *Irizarry v. Board of Education of City of Chicago*, 251 F.3d 604 (7th Cir. 2001).

22. The Court of Justice of the European Union effectively granted such an exemption in *K.B.*, Case C-117/01 (7 Jan. 2004), which implicitly entitled Ms. K.B. and Mr. R. (her transsexual male partner) to an exemption from the marriage requirement until U.K. legislation was amended. If she had died on 8 January 2004 (the day after the judgment), he would have been entitled to a survivor's pension even though he was not married to her (the U.K. had yet to implement *Goodwin*). Cf. *Maruko*, Case C-267/06 (1 April 2008) (Council Directive 2000/78/EC requires equal survivor's pensions for same-sex registered partners if national law places them “in a situation comparable to that of [different-sex] spouses”).

same-sex couples to qualify; (4) it could grant access to the same system to different sex couples; or (5) if it did not wish to grant the right or benefit to unmarried couples, or to create an alternative registration system, it could grant a temporary exemption to same-sex couples until it had had time to pass a law granting them equal access to legal marriage. It could also decide (subject to subsequent ECtHR supervision) whether any exceptions could be justified, for example relating to parental rights.

**142.** The principle that marriage requirements discriminate indirectly against same-sex couples was concisely stated by the legal report on homophobia published by the European Union's Agency for Fundamental Rights in June 2008.<sup>23</sup> The report concluded (at pp. 58-59, emphasis added) that "any measures denying to same-sex couples benefits ... available to opposite-sex married couples, where marriage is not open to same-sex couples, should be treated presumptively as a form of indirect discrimination on grounds of sexual orientation", and that "international human rights law complements EU law, by requiring that same-sex couples either have access to an institution such as ... registered partnership[, ] that would provide them with the same advantages ... [as] marriage, or ... that their *de facto* durable relationships extend[ ] such advantages to them". According to Advocate General Jääskinen of the Court of Justice of the European Union, in his opinion of 15 July 2010, in Case C-147/08, *Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*:

"(§ 76) It is the [EU] Member States that must decide whether or not their national legal order allows any form of legal union available to homosexual couples, or whether or not the institution of marriage is only for couples of the opposite sex. In my view, a situation in which a Member State does not allow any form of legally recognised union available to persons of the same sex may be regarded as practising discrimination on the basis of sexual orientation, because it is possible to derive from the principle of equality, together with the duty to respect the human dignity of homosexuals, an obligation to recognise their right to conduct a stable relationship within a legally recognised commitment. However, in my view, this issue, which concerns legislation on marital status, lies outside the sphere of activity of [EU] law."

Those intervening contended that the potential discrimination noted by the Advocate General fell outside the scope of EU law, but fell squarely within the scope of the Convention, which applies to all legislation of CoE member States, including in the area of family law.

**143.** Those intervening noted that according to the Court's case-law differences in treatment based on sexual orientation were analogous to difference in treatment based on race, religion and sex, and could only be justified by particularly serious reasons. This was relevant for the purposes of the proportionality test in which "It must also be shown that it

---

23. "Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part 1 – Legal Analysis", <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-eu-member-states-part-i>. (last accessed June 2015)

was necessary in order to achieve that aim to exclude ... persons living in a homosexual relationship ..." (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 41, ECHR 2003 IX) The Court found no evidence of necessity where there was a difference of treatment between unmarried different-sex couples and unmarried same-sex couples. Those intervening considered that the necessity test should also be applied to the prima facie indirect discrimination created by an apparently neutral marriage requirement. Such a requirement failed to treat same-sex couples, who are legally unable to marry, differently from different-sex couples who were legally able to marry but had neglected to do so, or had chosen not to do so (because of a decision by one or both partners). The Court's reasoning in *Vallianatos* (cited above, § 85) concerning the burden of proof being on the Government, also applied mutatis mutandis to the present case.

(ii) *Associazione Radicale Certi Diritti (ARCD)*

**144.** The ARCD submitted that a survey carried out (amongst Italians aged between 18 and 74) in 2011 by the ISTAT<sup>24</sup> (Italian institute for statistics) found as follows: 61.3% thought that homosexuals were discriminated against or severely discriminated against; 74.8% thought that homosexuality was not a threat to the family; 65.8% declared themselves in agreement with the content of the phrase "It is possible to love a person of a different sex or the same sex, love is what is important"; 62.8% of those responding to the survey agreed with the phrase "it is just and fair for a homosexual couple living as though they were married to have before the law the same rights as a married heterosexual couple"; 40.3% of the one million homosexuals or bisexuals living in central Italy declared themselves to have been discriminated against; the 40.3% increases to 53.7% if discrimination clearly based on homosexual or bisexual orientation is added in relation to the search for apartments (10.2%), their relations with neighbours (14.3%), their needs in the medical sector (10.2%) or in relations in with others in public places, offices or on public transport (12.4%).

**145.** Those intervening submitted that to date a same-sex partner was "recognised" in written legislation only in limited cases, namely:

Article 14 *quarter* and Article 18 of the prison regulations, through which cohabitees have the right to visit the person incarcerated;

Law no. 91/99 concerning organ donation, where the partner more uxorio must be informed of the nature and circumstances surrounding the removal of the organ. They also have the right to object to such a procedure;

---

24. published on 17 May 2012

Article 199 (3) (a) of the Code of Criminal Procedure concerning the right not to testify against a partner;

Article 681 of the Code of Criminal Procedure regarding presidential pardon which may be signed by a cohabitee;

Circular no. 8996 issued by the Italian Minister for the Interior of 26 October 2012, which had as its object same-sex unions and residence permits in connection with legislative decree no. 30/2007;

The inclusion in the medical insurance scheme of the partners of homosexual parliamentarians;

**146.** In this connection domestic judges made various pronouncements, namely:

Judgment no. 404/88 of the Constitutional Court, which found that it was unconstitutional to evict a cohabiting surviving partner from a leased property. By means of the judgment of the Court of Cassation no. 5544/94 this right was extended to same-sex couples living *more uxorio*; (see also judgment of the Court of Cassation no. 33305/02 regarding rights to sue as a civil party for civil damage);

Ordinance no. 25661/10 of the Court of Cassation of 17 December 2010, which found that the right of entry [to Italian territory] and stay for the purposes of family reunification with an Italian citizen is solely regulated by EU directives.

Judgment no. 1328/11 of the Court of Cassation, which held that the notion of “spouse” must be understood according to the judicial regime where the marriage was celebrated. Thus, a foreigner who marries an EU national in Spain must be considered related for the purposes of their stay in Italy;

Judgment no. 9965/11 of the Milan Tribunal (at first instance) of 13 June 2011 which recognised the right of a homosexual partner to compensation following the loss suffered pursuant to the death of the partner in a traffic accident;

Judgment no. 7176/12 of the Milan Court of Appeal, Labour Section, (mentioned above) which confirmed that a same-sex partner had the right to be covered under the employed partner’s medical insurance.

**147.** The ARCD further referred to the importance of the findings in judgments nos. 138/10 and 4184/12 (for both, see Relevant domestic law above) as well as those in the Tribunal of Reggio Emilia’s ordinance of 13 February 2012. These decisions went to prove that Italian jurisprudence had assimilated the relevant notions, and the meticulous reasoning of the

decisions (particularly that of the Court of Cassation, no. 4184/12) left no room for future U-turns on the matter.

**148.** In conclusion, the ARCD noted that given that the Court had established that same-sex couples had the same protection under Article 8 as different-sex couples did, the recognition of their right to some kind of a union was desirable to ensure such protection.

*(iii) European Centre for Law and Justice (ECLJ)*

**149.** The ECLJ feared that if the Court established that same-sex couples had a right to recognition in the form of a civil union, the next issue would be what rights to attach to such a union, in particular in connection with procreation. They noted that in *Vallianatos* the Court had not established such an obligation, but had solely considered that to provide for such unions for heterosexual couples but not for same-sex couples gave rise to discrimination. It followed that the Court could not find a violation in the present case.

**150.** In their view, Article 8 did not oblige States to provide a legal framework beyond that of marriage to safeguard family life. They considered that family life essentially concerned the relations between children and their parents. They noted that before the judgment in *Schalk and Kopf* the Court used to consider that in the absence of marriage it was only the existence of a child which brought into play the concept of family (they referred to *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112, and *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, ECHR 2000 VIII). This was in line with international instruments and the Convention. They considered that any recognition given to a couple by society depended on the couple's contribution to the common good through founding a family, and definitely not on the basis that the couple had feelings for each other, that being a matter concerning private life only.

**151.** The Centre, intervening, noted that Article 8 § 2 set limits on the protection of family life by the State. Such limits justified the refusal of the State to recognise certain families, such as polygamous or incestuous ones. In their view, Article 8 did not provide an obligation to give non-married couples a status equivalent to married ones. This was a matter to be regulated by the States and not the Convention. Neither could the States' consent be assumed through the adoption of the CoE's Committee of Ministers recommendation (2010)<sup>5</sup>. According to the ECLJ, during the preparatory work of the commission of experts and rapporteurs on the mentioned text the States refused to recommend the adoption of a legal framework for non-married couples, finally settling for a text which reads as follows:

<sup>5</sup>25. Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are

invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live.”

**152.** ECLJ considered that although the Court had to interpret the Convention as a living instrument, it could not substitute it, as it remained the principal reference. Otherwise, the Court would transform itself into an instrument of ideological actualisation on the basis of national legislations, in matters related to society – a role which surely did not fall within its competence. The intervener questioned whether it was prudent and respectful of the subsidiarity principle for the Court to supervise whether states were updating legislation according to evolving customs and morals (*moeurs*), as interpreted by a majority of judges. This would make the protection of human rights dependant less on the Convention and its protocols and more on the Court’s composition (as evidenced by the slight (10-7) majority in *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013). They considered therefore that the Court should not usurp the role of States, especially given that the latter were free to add an additional protocol to the Convention had they wished to regulate sexual orientation (as was done to abolish the death penalty).

**153.** The ECLJ questioned why homosexuality was more acceptable than polygamy. They considered that if the legislator had to take account of an evolving society, then it had also to legislate in favour of polygamy and child marriage, even more so given that in many countries (such as Turkey, Switzerland, Belgium and the United Kingdom), there were more practising Muslims than same-sex couples.

**154.** They further referred to the comparative situations of States (discussed above), and added that referendums in favour of civil unions had been rejected by the majority of voters in Slovenia and Northern Ireland.

**155.** They considered that if the Court had to consider that an obligation to facilitate the common life of same-sex couples arose from Article 8 of the Convention, then such an obligation would need to relate solely to the specific needs of such couples and of society, allowing the State a margin of appreciation, and in their view the Italian State had fulfilled that duty of protection through judicial or contractual acts (as mainly explained by the Government). Further, they considered that protecting the family in its traditional sense constituted a legitimate aim justifying a difference in treatment (they referred to *X and Others*, cited above). They considered that since no obligation arose from the Convention, nor was there a right guaranteed by the State which fell within the ambit of the Convention, there was no room for a margin of appreciation.

**156.** As regards discrimination, the ECLJ considered that same-sex couples and different-sex couples were not in identical or similar

situations, since the former could not procreate naturally. The difference was not one of sexual orientation but of sexual identity, based on objective biological causes, thus there was no room for justifying a difference in treatment. They considered that the States had an interest in protecting children, their birth and their well-being, as they were the common good of parents and society. If children stopped being at the heart of the family, then it would only be the concept of interpersonal relations which would subsist – an entirely individualistic notion.

**157.** They disapproved of the Court's findings in *Schalk and Kopf* (§ 94), claiming that they were findings of a political not a juridical nature, which excluded children from being the essence of family life. Even worse, in *Vallianatos* (§ 49), the Grand Chamber considered that not even cohabitation was necessary to constitute family life. They also wondered whether stability of a relationship was a pertinent criterion (*ibid.*, § 73). In this light they questioned what constituted family life, given that it no longer required a public commitment, or the presence of children, or cohabitation. It thus appeared that the existence of feelings was enough to establish family life. However, in their view, feelings could play a part in private life only, but not in family life. It followed that there was no objective definition of family life. This loss of definition was further reaffirmed in *Burden v. the United Kingdom* ([GC], no. 13378/05, ECHR 2008), and *Stübing v. Germany* (no. 43547/08, 12 April 2012).

**158.** The ECLJ submitted that the refusal to consider on an equal footing a marital family and a stable homosexual relationship was justified on the basis of the consequences connected to procreation and filiation, as well as the relationship between society and the State. In their view, to consider them as comparable would mean that all the rights applicable to married couples would also apply to them, including those related to parental issues, given that it would be illusory to allow them to marry but not to found a family. It would therefore mean accepting medically assisted procreation for female couples and surrogacy for male couples, with the consequences this would have for the children so conceived. As regards the relation with the State, they noted that a State wanting to define "family" would be a totalitarian state. Indeed, in their view, the drafters of the Convention wanted to safeguard the family from the actions of the State, and not allow the State to define the concept of family, according to the majority's view of it – which was based on a view that it was the individual and not the family who was at the core of society.



## 2. The Court's assessment

### (a) Article 8

#### (i) General principles

**159.** While the essential object of Article 8 is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities, it may also impose on a State certain positive obligations to ensure effective respect for the rights protected by Article 8 (see, among other authorities, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91; *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 83, 6 December 2007; *Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, § 78, ECHR 2013; and *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 62, ECHR 2014). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private or family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, *inter alia*, *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 87, ECHR 2011, and *Söderman*, cited above, § 78).

**160.** The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance (see *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 42, Series A no. 160, and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 157, ECHR 2005 X).

**161.** The notion of "respect" is not clear-cut, especially as far as positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 72, ECHR 2002 VI). Nonetheless, certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States (see *Hämäläinen*, cited above, § 66). Of relevance to the present case is the impact on an applicant of a situation where there is discordance between social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, cited above, §§ 77-78; *I. v. the United Kingdom* [GC], no. 25680/94, § 58, 11 July 2002, and *Hämäläinen*, cited above, § 66). Other factors relate to the impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. The question here is whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate (see *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, Reports 1998 I) or about the extent of any burden the obligation would impose on the State (see *Christine Goodwin*, cited above, §§ 86-88).

**162.** In implementing their positive obligation under Article 8 the States enjoy a certain margin of appreciation. A number of factors must be taken into account when determining the breadth of that margin. In the context of “private life” the Court has considered that where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake the margin allowed to the State will be restricted (see, for example, *X and Y*, cited above, §§ 24 and 27; *Christine Goodwin*, cited above, § 90; see also *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 71, ECHR 2002 III). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, Reports 1997-II; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85). There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Fretté*, cited above, § 42; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, §§ 44-49, ECHR 2003 III; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007 I; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007 V; and *S.H. and Others*, cited above, § 94).

(ii) *Recent relevant case-law and the scope of the present case*

**163.** The Court has already been faced with complaints concerning the lack of recognition of same-sex unions. However, in the most recent case of *Schalk and Kopf v. Austria*, when the Court delivered judgment the applicants had already obtained the opportunity to enter into a registered partnership. Thus, the Court had solely to determine whether the respondent State should have had provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did (that is, before 1 January 2010). Having noted the rapidly developing European consensus which had emerged in the previous decade, but that there was not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples (at the time nineteen states), the Court considered the area in question to be one of evolving rights with no established consensus, where States enjoyed a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (§ 105). Thus, the Court concluded that, though not in the vanguard, the Austrian legislator could not be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier than 2010 (see *ibid.*, § 106). In that case the Court also found that Article 14 taken in conjunction with Article 8 did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (*ibid.*, § 101).

**164.** In the present case the applicants still today have no opportunity to enter into a civil union or registered partnership (in the absence of marriage) in Italy. It is thus for the Court to determine whether Italy, at

the date of the analysis of the Court, namely in 2015, failed to comply with a positive obligation to ensure respect for the applicants' private and family life, in particular through the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law.

*(iii) Application of the general principles to the present case*

**165.** The Court reiterates that it has already held that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (see *Schalk and Kopf*, § 99, and *Vallianatos*, §§ 78 and 81, both cited above). It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.

**166.** That same need, as well as the will to provide for it, has been expressed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which recommended that the Committee of Ministers call upon member States, among other things, "to adopt legislation making provision for registered partnerships" as long as fifteen years ago, and more recently by the Committee of Ministers (in its Recommendation CM/Rec(2010)5) which invited member States, where national legislation did not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships, to consider the possibility of providing same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live (see paragraphs 57 and 59 above).

**167.** The Court notes that the applicants in the present case, who are unable to marry, have been unable to have access to a specific legal framework (such as that for civil unions or registered partnerships) capable of providing them with the recognition of their status and guaranteeing to them certain rights relevant to a couple in a stable and committed relationship.

**168.** The Court takes note of the applicants' situation within the Italian domestic system. As regards registration of the applicants' same-sex unions with the "local registers for civil unions", the Court notes that where this is possible (that is in less than 2% of existing municipalities) this action has merely symbolic value and is relevant for statistical purposes; it does not confer on the applicants any official civil status, and it by no means confers any rights on same-sex couples. It is even devoid of any probative value (of a stable union) before the domestic courts (see paragraph 115 above).

**169.** The applicants' current status in the domestic legal context can only be considered a "*de facto*" union, which may be regulated by certain

private contractual agreements of limited scope. As regards the mentioned cohabitation agreements, the Court notes that while providing for some domestic arrangements in relation to cohabitation (see paragraphs 41 and 129 above) such private agreements fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship, such as, *inter alia*, the mutual rights and obligations they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights (compare *Vallianatos*, § 81 in fine, and *Schalk and Kopf*, § 109, both cited above). The fact that the aim of such contracts is not that of the recognition and protection of the couple is evident from the fact that they are open to anyone cohabiting, irrespective of whether they are a couple in a committed stable relationship (see paragraph 41 above). Furthermore, such a contract requires the persons to be cohabiting; however, the Court has already accepted that the existence of a stable union is independent of cohabitation (see *Vallianatos*, §§ 49 and 73). Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected. It follows that, quite apart from the fact that cohabitation agreements were not even available to the applicants before December 2013, such agreements cannot be considered as giving recognition and the requisite protection to the applicants' unions.

**170.** Further, it has not been proved that the domestic courts could issue a statement of formal recognition, nor has the Government explained what would have been the implications of such a statement (see paragraph 82 above). While the national courts have repeatedly upheld the need to ensure protection for same sex-unions and to avoid discriminatory treatment, currently, in order to receive such protection the applicants, as with others in their position, must raise a number of recurring issues with the domestic courts and possibly even the Constitutional Court (see paragraph 16 above), to which the applicants have no direct access (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 70, 17 September 2009). From the case-law brought to the Court's attention, it transpires that while recognition of certain rights has been rigorously upheld, other matters in connection with same-sex unions remain uncertain, given that, as reiterated by the Government, the courts make findings on a case-by-case basis. The Government also admitted that protection of same-sex unions received more acceptance in certain branches than in others (see paragraph 131 above). In this connection it is also noted that the Government persistently exercise their right to object to such claims (see, for example, the appeal against the decision of the Tribunal of Grosseto) and thus they show little support for the findings on which they are hereby relying.

**171.** As indicated by the ARCD the law provides explicitly for the recognition of a same-sex partner in very limited circumstances (see paragraph 146 above). It follows that even the most regular of “needs” arising in the context of a same-sex couple must be determined judicially, in the uncertain circumstances mentioned above. In the Court’s view, the necessity to refer repeatedly to the domestic courts to call for equal treatment in respect of each one of the plurality of aspects which concern the rights and duties between a couple, especially in an overburdened justice system such as the one in Italy, already amounts to a not-insignificant hindrance to the applicants’ efforts to obtain respect for their private and family life. This is further aggravated by a state of uncertainty.

**172.** It follows from the above that the current available protection is not only lacking in content, in so far as it fails to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship, but is also not sufficiently stable – it is dependent on cohabitation, as well as the judicial (or sometimes administrative) attitude in the context of a country that is not bound by a system of judicial precedent (see *Torri and Others v. Italy*, (dec.), nos. 11838/07 and 12302/07, § 42, 24 January 2012). In this connection the Court reiterates that coherence of administrative and legal practices within the domestic system must be regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see paragraph 161 above).

**173.** In connection with the general principles mentioned in paragraph 161 above, the Court observes that, it also follows from the above examination of the domestic context that there exists a conflict between the social reality of the applicants, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory. In the Court’s view an obligation to provide for the recognition and protection of same-sex unions, and thus to allow for the law to reflect the realities of the applicants’ situations, would not amount to any particular burden on the Italian State be it legislative, administrative or other. Moreover, such legislation would serve an important social need – as observed by the ARCD, official national statistics show that there are around one million homosexuals (or bisexuals), in central Italy alone.

**174.** In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the

applicants' position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (see *Vallianatos*, cited above, § 81). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.

**175.** The Court reiterates that in assessing a State's positive obligations regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. Having identified above the individuals' interests at play, the Court must proceed to weigh them against the community interests.

**176.** Nevertheless, in this connection the Court notes that the Italian Government have failed to explicitly highlight what, in their view, corresponded to the interests of the community as a whole. They however considered that "time was necessarily required to achieve a gradual maturation of a common view of the national community on the recognition of this new form of family". They also referred to "the different sensitivities on such a delicate and deeply felt social issue" and the search for a "unanimous consent of different currents of thought and feeling, even of religious inspiration, present in society". At the same time, they categorically denied that the absence of a specific legal framework providing for the recognition and protection of same-sex unions attempted to protect the traditional concept of family, or the morals of society. The Government instead relied on their margin of appreciation in the choice of times and the modes of a specific legal framework, considering that they were better placed to assess the feelings of their community.

**177.** As regards the breadth of the margin of appreciation, the Court notes that this is dependent on various factors. While the Court can accept that the subject matter of the present case may be linked to sensitive moral or ethical issues which allow for a wider margin of appreciation in the absence of consensus among member States, it notes that the instant case is not concerned with certain specific "supplementary" (as opposed to core) rights which may or may not arise from such a union and which may be subject to fierce controversy in the light of their sensitive dimension. In this connection the Court has already held that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition and the rights and obligations conferred by such a union or registered partnership (see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 108-09). Indeed, the instant case concerns solely the general need for legal recognition and the core protection of the applicants as same-sex couples. The Court considers the latter to be facets of an individual's existence and identity to which the relevant margin should apply.

178. In addition to the above, of relevance to the Court's consideration is also the movement towards legal recognition of same-sex couples which has continued to develop rapidly in Europe since the Court's judgment in

*Schalk and Kopf*. To date a thin majority of CoE States (twenty-four out of forty seven, see paragraph 55 above) have already legislated in favour of such recognition and the relevant protection. The same rapid development can be identified globally, with particular reference to countries in the Americas and Australasia (see paragraphs 65 and 135 above). The information available thus goes to show the continuing international movement towards legal recognition, to which the Court cannot but attach some importance (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, § 85, and *Vallianatos*, § 91, both cited above).

**179.** Turning back to the situation in Italy, the Court observes that while the Government is usually better placed to assess community interests, in the present case the Italian legislature seems not to have attached particular importance to the indications set out by the national community, including the general Italian population and the highest judicial authorities in Italy.

**180.** The Court notes that in Italy the need to recognise and protect such relationships has been given a high profile by the highest judicial authorities, including the Constitutional Court and the Court of Cassation. Reference is made particularly to the judgment of the Constitutional Court no. 138/10 in the first two applicants' case, the findings of which were reiterated in a series of subsequent judgments in the following years (see some examples at paragraph 45 above). In such cases, the Constitutional Court, notably and repeatedly called for a juridical recognition of the relevant rights and duties of homosexual unions (see, *inter alia*, paragraph 16 above), a measure which could only be put in place by Parliament.

**181.** The Court observes that such an expression reflects the sentiments of a majority of the Italian population, as shown through official surveys (see paragraph 144 above). The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection.

**182.** Indeed, in their observations before this Court, the same Italian Government have not denied the need for such protection, claiming that it was not limited to recognition (see paragraph 128 above), which moreover they admitted was growing in popularity amongst the Italian community (see paragraph 130 above).

**183.** Nevertheless, despite some attempts over three decades (see paragraphs 126 and 46-47 above) the Italian legislature has been unable to enact the relevant legislation.

**184.** In this connection the Court recalls that, although in a different context, it has previously held that "a deliberate attempt to prevent the implementation of a final and enforceable judgment and which is, in

addition, tolerated, if not tacitly approved, by the executive and legislative branch of the State, cannot be explained in terms of any legitimate public interest or the interests of the community as a whole. On the contrary, it is capable of undermining the credibility and authority of the judiciary and of jeopardising its effectiveness, factors which are of the utmost importance from the point of view of the fundamental principles underlying the Convention (see *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 175, ECHR 2004 V). While the Court is aware of the important legal and factual differences between *Broniowski* and the present case, it nevertheless considers that in the instant case, the legislature, be it willingly or for failure to have the necessary determination, left unheeded the repetitive calls by the highest courts in Italy. Indeed the President of the Constitutional Court himself in the annual report of the court regretted the lack of reaction on behalf of the legislator to the Constitutional Court's pronouncement in the case of the first two applicants (see paragraph 43 above). The Court considers that this repetitive failure of legislators to take account of Constitutional Court pronouncements or the recommendations therein relating to consistency with the Constitution over a significant period of time, potentially undermines the responsibilities of the judiciary and in the present case left the concerned individuals in a situation of legal uncertainty which has to be taken into account.

**185.** In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.

**186.** To find otherwise today, the Court would have to be unwilling to take note of the changing conditions in Italy and be reluctant to apply the Convention in a way which is practical and effective.

**187.** There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

#### **(b) Article 14 in conjunction with Article 8**

**188.** Having regard to its finding under Article 8 (see paragraph 187 above), the Court considers that it is not necessary to examine whether, in this case, there has also been a violation of Article 14 in conjunction with Article 8.

### **III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 ALONE AND ARTICLE 14 READ IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 12 OF THE CONVENTION**



**189.** The applicants in application no. 18766/11 relied on Article 12 on its own, and argue that since the judgment in *Schalk and Kopf* (cited above), more countries have legislated in favour of gay marriage, and many more are in the process of discussing the issue. Therefore, given that the Convention is a living instrument, the Court should redetermine the question in the light of the position today.

**190.** All the applicants further complained that they had suffered discrimination as a result of the prohibition to marry applicable to them. Noting the Court's recent acceptance in *Schalk and Kopf* of the applicability of Article 12 (apart from Article 8) to such situations, the applicants argued that while it was true that the Court held that the provision did not oblige states to confer such a right on homosexual couples, it was nevertheless for the Court to examine whether the failure to provide for same-sex marriage was justified in view of all the relevant circumstances. They argued that in the present cases it was particularly relevant that no other option was open for the applicants to have their unions legally recognised. Moreover, such exclusion could no longer be held as legitimate, given the social reality (according to a 2010 study by Eurispes 61.4% of Italians were in favour of some sort of union, 20.4% of whom were in favour of it being in the form of a marriage). To persist on denying certain rights to same-sex couples only continued to marginalise and stigmatise a minority group in favour of a majority with discriminatory tendencies. Lastly, they submitted that even assuming it could be considered legitimate it was clearly not proportionate, given the narrow margin of appreciation afforded to States when applying different treatment on the basis of sexual orientation. The same margin had to be considered narrow also in view of the fact that most States had in fact regulated for some form of civil union (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 105).

**191.** The Court notes that in *Schalk and Kopf* the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stood (at the time only six out of forty-seven CoE member States allowed same-sex marriage), the question whether or not to allow same-sex marriage was left to regulation by the national law of the Contracting State. The Court felt it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society. It followed that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage (§§ 61-63). The same conclusion was reiterated in the more recent *Hämäläinen* (cited above, § 96), where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed

as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples.

**192.** The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE states that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.

**193.** Similarly, in *Schalk and Kopf*, the Court held that Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either. The Court considers that the same can be said of Article 14 in conjunction with Article 12.

**194.** It follows that both the complaint under Article 12 alone, and that under Article 14 in conjunction with Article 12 are manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

**195.** Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

##### A. Damage

**196.** The applicants in application no. 18766/11 claimed that they had suffered material damage, as a result of losses in leave days for family reasons as well as bonuses, and inability to enjoy a loan, losses which were however difficult to quantify. They further noted they had suffered non pecuniary damage, without making a specific claim in that respect.

**197.** The applicants in application no. 36030/11 claimed non-pecuniary damage in a sum to be determined by the Court, though they considered that EUR 7,000 for each applicant may be considered equitable in line with the award made in *Vallianatos* (cited above). They also requested the Court to make specific recommendations to the Government with a view to legislating in favour of civil unions for same-sex couples.

**198.** The Government submitted that the applicants had not suffered any actual damage.

199. The Court notes that the pecuniary claim of the applicants in applications no. 18766/11 is both unquantified and unsubstantiated. On the other hand, the Court considers that all the applicants have suffered non pecuniary damage, and awards the applicants EUR 5,000 each, plus any tax that may be chargeable to them, in this respect.

**200.** Lastly, in connection with the applicants' request, the Court notes that it has found that the absence of a legal framework allowing for recognition and protection of their relationship violates their rights under Article 8 of the Convention. In accordance with Article 46 of the Convention, it will be for the respondent State to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to fulfil its obligations to secure the right of the applicants and other persons in their position to respect for their private and family life (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000 VIII, *Christine Goodwin*, cited above, § 120, ECHR 2002 VI; and *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 134, ECHR 2008).

## **B. Costs and expenses**

**201.** The applicants in application no. 18766/11 also claimed EUR 8,200 for costs and expenses incurred before the domestic courts and EUR 5,000 for those incurred before the Court.

**202.** The applicants in application no. 36030/11 claimed EUR 11,672.96 for costs and expenses incurred before this Court as calculated in accordance with Italian law and bearing in mind the complex issues dealt with in the case as well as the extensive observations, including those of the third parties.

**203.** The Government submitted that the applicants' claims for expenses were "groundless and lacking any support".

**204.** According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court rejects the claim for costs and expenses in the domestic proceedings, as it has not been substantiated by means of any documents. The Court, having considered the two claims made by the different lawyers and the lack of detail in the claim concerning application no. 18766/11, further considers it reasonable to award the sum of EUR 4,000 jointly, plus any tax that may be chargeable to the applicants in respect of application no. 18766/11, and EUR 10,000, jointly, plus any tax that may be chargeable to the applicants, to be paid directly into their representatives' bank accounts, in respect of application no. 36030/11 for the proceedings before the Court.

### C. Default interest

**205.** The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

**1.** *Declares* the complaints under Article 8 alone and Article 14 in conjunction with Article 8 admissible, and the remainder of the applications inadmissible;

**2.** *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

**3.** *Holds* that there is no need to examine the complaint under Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention;

**4.** *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 5,000 (five thousand euros) each, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 4,000 (four thousand euros), jointly, to the applicants in application no. 18766/11, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;

(iii) EUR 10,000 (ten thousand euros), jointly, to the applicants in application no. 36030/11, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses, to be paid directly into their representatives' bank accounts;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

**5.** *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 21 July 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos Päivi Hirvelä  
Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Mahoney joined by Judges Tsotsoria and Vehabović is annexed to this judgment.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE MAHONEY JOINED BY JUDGES TSOTSORIA AND VEHABOVIĆ

**1.** We, the three judges subscribing to this concurring opinion, have voted with our four colleagues for a violation of Article 8 of the Convention in the present case, but on the basis of different, narrower reasoning. In short, we find no need to assert that today Article 8 imposes on Italy what our colleagues characterise as a positive obligation to provide same-sex couples such as the applicants with a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions (paragraph 185 *in fine* of the judgment). What is decisive for us in the present case may be briefly summarised as follows:

- the Italian State has chosen, through its highest courts, notably the Constitutional Court, to declare that two people of the same sex living in stable cohabitation are invested by the Italian Constitution with a fundamental right to obtain juridical recognition of the relevant rights and duties attaching to their union;
- it is this voluntary, active intervention by the Italian State into the sphere of personal relations covered by Article 8 that attracts the application of the Convention's guarantee of the right to respect for private and family life, without there being any call to invoke the pre-existence of a positive Convention obligation;
- the requirements flowing from Article 8 as regards any State regulation of the exercise of the right to respect for private and family life were not met in the circumstances of the present case because of the defective nature of the follow-up, within the Italian legal order, to the Constitutional Court's authoritative judicial declaration of a constitutional entitlement for persons in the position of the applicants to some form of adequate legal recognition of stable same-sex unions.

This reasoning is explained in further detail below.

**2.** In its judgment no. 138 of 15 April 2010 in relation to the constitutional challenges of the applicants Mr Oliari and Mr A, the Italian Constitutional Court, while rejecting the arguments under Article 29 of the Constitution (on the institution of marriage), ruled that, by virtue of Article 2 of the Constitution, two people of the same sex in stable cohabitation have a fundamental right to freely express their personality in a couple, obtaining – in time and by the means and the limits to be set by law – juridical recognition of the relevant rights and duties (these are the words in which the ruling is summarised in paragraph 16 of the judgment; the text of Articles 2 and 29 of the Italian Constitution is set out in paragraph 33 of the judgment). This ruling represents an authoritative statement of the regulation, within the Italian legal order, of the applicants' right to

respect for their private and family life as far as the legal status that should be given to their union as a same-sex couple is concerned. The “fundamental right” thereby recognised to obtain juridical recognition of the relevant rights and duties attaching to a same-sex union is one deriving, not from any positive obligation enshrined in the Convention, but from the wording of Article 2 of the Italian Constitution.

**3.** Under the constitutional arrangements in Italy, while the Constitutional Court may make a pronouncement of unconstitutionality in respect of existing legislation, it has no power to fill a legislative lacuna even though, as in its judgment no. 138/2010, it may have identified that lacuna as entailing a situation which is not compatible with the Constitution. Thus, in the case of Mr Oliari and Mr A in 2010, it was not for the Constitutional Court to proceed to the formulation of the appropriate legal provisions, but for the Italian Parliament (see paragraphs 36 and 45 of the present judgment for similar explanations of its powers given by the Constitutional Court in its subsequent rulings reiterating the general conclusion stated in judgment no. 138/10). As the present judgment (at paragraph 82) puts it, “the Constitutional Court ... could not but invite the legislature to take action” (see likewise paragraphs 84 and 180 in fine of the judgment). In this connection it is worth citing the report that the then President of the Constitutional Court addressed to the highest Italian constitutional authorities in 2013 (quoted at paragraph 43 of the judgment):

“Dialogue is sometimes more difficult with the [Constitutional] Court’s natural interlocutor. This is particularly so in cases where it solicits the legislature to modify a legal norm which it considered to be in contrast with the Constitution. Such requests are not to be underestimated. They constitute, in fact, the only means available to the [Constitutional] Court to oblige the legislative organs to eliminate any situation which is not compatible with the Constitution, and which, albeit identified by the [Constitutional] Court, does not lead to a pronouncement of anti-constitutionality. ... A request of this type which remained unheeded was that made in judgment no. 138/10, which, while finding the fact that a marriage could only be contracted by persons of a different sex to be constitutional compliant, also affirmed that same-sex couples had a fundamental right to obtain legal recognition, with the relevant rights and duties, of their union. It left it to Parliament to provide for such regulation, by the means and within the limits deemed appropriate.”

In sum, as explained by the then President of the Constitutional Court:

- the Constitutional Court had affirmed the fundamental right of same-sex couples under the Italian Constitution to obtain legal recognition of their union;
- however, the only means available to the Constitutional Court to “oblige” the legislative organs to eliminate the unconstitutional lacuna in Italian law denying same-sex couples this nationally guaranteed fundamental right was to “solicit”, or address a “request” to, Parliament to take the necessary legislative action.

The applicants in application no. 36030/11 added their explanation that “Constitutional Court judgment no. 138/10 had the effect of affirming the existence of ... a constitutional duty upon the legislature to enact an appropriate general regulation on the recognition of same-sex unions, with consequent rights and duties for partners” (paragraph 114 of the judgment).

**4.** Yet, to date, five years have elapsed since the judgment of the Constitutional Court, with no appropriate legislation having been enacted by the Italian Parliament. The applicants are thus in the unsatisfactory position of being recognised by the Constitutional Court as enjoying under Italian constitutional law an inchoate “fundamental right” affecting an important aspect of the legal status to be accorded to their private and family life, but this inchoate “fundamental right” has not received adequate concrete implementation from the competent arm of government, namely the legislature. The applicants, like other same-sex couples in their position, have been left in limbo, in a state of legal uncertainty as regards the legal recognition of their union to which they are entitled under the Italian Constitution.

**5.** On the basis of the foregoing facts, it is not necessary for the Court to decide whether Italy has a positive obligation under paragraph 1 of Article 8 of the Convention to accord appropriate legal recognition within its legal order to the union of same-sex couples. The declaration by the Constitutional Court that Article 2 of the Italian Constitution confers on two people of the same sex living in stable cohabitation a “fundamental right” under domestic constitutional law to obtain juridical recognition of their union constitutes an active intervention by the State into the sphere of private and family life covered by Article 8 of the Convention. Judgment no. 138/10 was not an isolated ruling: in the words of the present judgment (at paragraph 180), “in Italy the need to recognise and protect such relationships has been given a high profile by the highest judicial authorities, including the Constitutional Court and the Court of Cassation”, with the Constitutional Court repeatedly calling on Parliament to adopt the requisite legislation giving juridical recognition of the relevant rights and duties of homosexual unions. In our view, this voluntary action of the State in relation to the legal regulation of the applicants’ private and family life in itself and of itself attracts the application of Article 8 of the Convention in their cases and the accompanying obligation on the Italian State to comply with the requirements flowing from Article 8, notably those set out in its paragraph 2.

**6.** Undeniably, given what the respondent Government describe as the difficult exercise of reaching a balance between “different sensitivities on such a delicate and deeply felt social issue” (paragraph 126 of the judgment), the Italian State is to be recognised as having a certain margin of appreciation in regard both to the choice of the precise legal status to be accorded to same-sex unions and to the timing for the

enactment of the relevant legislation (see paragraph 177 of the judgment, which makes a similar point).

**7.** On the other hand, whatever constitutional framework and distribution of powers between the arms of government a Contracting State may choose to adopt, there is an overall duty of trust and good faith owed by the State and its public authorities to the citizen in a democratic society governed by the rule of law (see, *mutatis mutandis*, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, §§173 and 175, ECHR 2004-V). In our view, despite the margin of appreciation available to the Italian State, this duty of trust was not respected in the present case as regards the follow-up to judgment no. 138/10 of the Constitutional Court in which an unconstitutional lacuna, involving the denial of a “fundamental right”, was identified as existing in the Italian legal order. There is, and has remained for five years, a discordance between the Constitutional Court’s declaration as to the entitlement of a given category of individuals under the Constitution and the action, or rather inaction, of the Italian legislature, as the competent arm of government, in implementing that entitlement. The beneficiaries of the declaration of the Constitutional Court as to the incompatibility with the Constitution of the lack of adequate legal recognition of same-sex unions have been denied the level of protection of their private and family life to which they are entitled under Article 2 of the Italian Constitution.

**8.** Furthermore, Italian law regarding the legal status to be accorded to same-sex unions has been left in a state of unregulated uncertainty over an excessive period of time. This enduring situation of legal uncertainty, relied on in the present judgment (for example, at paragraphs 170, 171 and 184 *in fine*), is such as to render the domestic regulation of the applicants’ same-sex union incompatible with the democratic concept of “law” inherent in paragraph 2’s requirement that any “interference” with the right to respect for private and family life be “in accordance with the law”. This is especially so since, as the judgment points out (at paragraph 171),

“the necessity to refer repeatedly to the domestic courts to call for equal treatment in respect of each one of the plurality of aspects which concern the rights and duties between a couple, especially in an overburdened justice system such as the one in Italy, already amounts to a not-insignificant hindrance to the applicants’ efforts to obtain respect for their private and family life”.

What is more, the judgment adds (at paragraph 170), the Government persistently exercise their right to object to such claims of equal treatment brought before the national courts on a case-by-case basis in various branches of the law by same-sex couples.

**9.** Like our colleagues, we note that “the Italian Government have failed to explicitly highlight what, in their view, corresponded to the interests of



the community as a whole” in order to explain the omission of the Parliament to legislate so as to implement the fundamental constitutional right identified by the Constitutional Court (see paragraph 176 of the judgment). We likewise agree with our colleagues in rejecting the various arguments that the Government did adduce by way of justification of this continuing omission, notably the arguments as to registration of same-sex unions by some municipalities, private contractual agreements and the capacity of the domestic courts on the domestic law as it stands to afford adequate legal recognition and protection (see, in particular, paragraphs 81-82 and 168-172). As our colleagues point out, it is also significant that “there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection”, such that the rulings of the highest judicial authorities in Italy, including the Constitutional Court and the Court of Cassation, reflect the sentiments of a majority of the community in Italy (paragraphs 180-181 of the judgment).

**10.** Where we part company with our colleagues is as regards the question where to situate the analysis of the facts of the case for the purposes of Article 8 of the Convention. Our colleagues are careful to limit their finding of the existence of a positive obligation to Italy and to ground their conclusion on a combination of factors not necessarily found in other Contracting States. To begin with, we are not sure that such a limitation of a positive obligation under the Convention to local conditions is conceptually possible. Secondly, at some points our colleagues nonetheless appear to rely, at least partly, on general reasoning capable of being read as implying a free-standing positive obligation incumbent on all the Contracting States to provide a legal framework for same-sex unions (see, for example, paragraph 165 of the judgment). It might conceivably be reasoned that, on analogy with *A, B and C v. Ireland* [GC] (application no. 25579/05, ECHR 2010, §§253, 264 and 267), a “positive obligation” on the Italian State to enact adequate implementing legislation arises from Article 2 of the Italian Constitution as interpreted by the Constitutional Court. That may well be true as a matter of Italian constitutional law, as argued by the applicants in application no. 36030/11 (see paragraph 3 *in fine* above of the present concurring opinion). However, this is not what is normally meant by a positive obligation being imposed by a Convention Article. In particular, whenever a State chooses to regulate the exercise of an activity coming within the scope of a Convention right, it is obliged to do so in compliance with the express and inherent requirements of the Convention Article in question – for example, in a manner that does not involve excessive legal uncertainty for the Convention right-holder. In such circumstances, we are in the realm of right-regulation, not the realm of positive Convention obligations. This is why we have urged (at paragraph 5 above in the present concurring opinion) that the applicants’ grievance should be analysed in terms of defective State intervention in the sphere of private and family life, rather than in terms of failure to fulfil a positive Convention obligation.

**11.** In conclusion, for us, the unsatisfactory state of the relevant domestic law on the recognition of same-sex unions, displaying a prolonged failure to implement a nationally recognised fundamental constitutional right in an effective manner and giving rise to continuing uncertainty, renders the active intervention of the Italian State into the regulation of the applicants' right to respect for their private and family life incompatible with the requirements of Article 8 of the Convention.

**12.** The foregoing concurring opinion is not to be taken as expressing a view on whether, in the present-day conditions of 2015 in the light of evolving attitudes in democratic society in Europe, paragraph 1 of Article 8 should now be interpreted as embodying, for Italy or generally for all Contracting States, a positive obligation to accord appropriate legal recognition and protection to same-sex unions. Our point is that there is no necessity in the present case to have recourse to such a "new" interpretation, as in any event a finding in favour of the applicants is dictated on a narrower ground on the basis of existing jurisprudence and the existing classic analysis of the requirements accompanying active State intervention regulating the exercise of the right under Article 8 of the Convention to respect for private and family life.

## APPENDIX

Application no. 18766/11

<b>N°.</b>	<b>Firstname LASTNAME</b>	<b>Birth date</b>	<b>Birth year</b>	<b>Nationality</b>	<b>Place of residence</b>	<b>Representative</b>
<b>1.</b>	A.		1976	Italian	Trento	A. SCHUSTER
<b>2.</b>	Enrico OLIARI	15/07/1970	1970	Italian	Trento	A. SCHUSTER

Application no. 36030/11

<b>N°.</b>	<b>Firstname LASTNAME</b>	<b>Birth date</b>	<b>Birth year</b>	<b>Nationality</b>	<b>Place of residence</b>	<b>Representative</b>
<b>1.</b>	Gian Mario FELICETTI	18/06/1972	1972	Italian	Lissone	M.E. D'AMICO
<b>2.</b>	Riccardo PERELLI CIPPO	23/03/1959	1959	Italian	Milan	M.E. D'AMICO
<b>3.</b>	Roberto ZACHEO	10/05/1960	1960	Italian	Milan	M.E. D'AMICO
<b>4.</b>	Riccardo ZAPPA	29/10/1964	1964	Italian	Lissone	M.E. D'AMICO



Conseil d'État belge  
M'Bala M'Bala Dieudonné contre la commune de Saint-Josse-  
ten-Noode  
Arrêt n° 191.742  
23 mars 2009



**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

no 191.742 du 23 mars 2009

A. 191.858/XV-984

En cause : **M'BALA M'BALA** Dieudonné,  
ayant élu domicile chez  
Me J.-M. DERMAGNE, avocat  
rue de Behogne 78  
5580 Rochefort,

contre :

**la commune de Saint-Josse-ten-Noode.**

---

**LE PRÉSIDENT DE LA XV<sup>e</sup> CHAMBRE DES RÉFÉRÉS,**

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 20 mars 2009 par Dieudonné M'BALA M'BALA, qui tend à la suspension de l'exécution de l'arrêté pris le 17 mars 2009 par le collège des bourgmestre et échevins de la commune de Saint-Josse-ten-Noode, qui interdit la représentation que le requérant a prévu de donner le 25 mars 2009 en la salle Marignan sise chaussée de Louvain, 33 ;

Vu le dossier administratif ;

Vu l'ordonnance du 20 mars 2009 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 23 mars 2009 à 10 heures 30 ;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, président de chambre ;

Entendu, en leurs observations, Me J.-M. DERMAGNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Y. SCHNEIDER et L. BURNON, *loco* Me Ph. COENRAETS, avocats, comparaissant pour la partie adverse ;

Entendu, en son avis conforme, M. NEURAY, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat ;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 ;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension sont les suivants :

Le requérant est un artiste du spectacle et humoriste; ses propos ont parfois donné lieu à polémiques, principalement en France, certains y voyant une attitude antisémite. Des poursuites engagées contre lui en France ont abouti à son acquittement par la cour d'appel de Paris le 14 mars 2002 et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 25 mars 2003.

Il projette de présenter le 25 mars un spectacle dénommé « *Liberté d'expression* » en la salle «Le Marignan» à Saint-Josse-ten-Noode. Ce spectacle est produit par la s.a.r.l. de droit français «Les Productions de la Plume». Une importante publicité a été réalisée, notamment par voie d'affiches.

Ayant eu connaissance de la programmation de ce spectacle, le collège des bourgmestre et échevins de Saint-Josse a pris le 17 mars, un arrêté rédigé comme suit :

« Le 17 mars 2009 à 11 heures.

Le Collège des Bourgmestre et Echevins,

Vu la Nouvelle Loi communale et notamment l'article 130 de la Nouvelle Loi communale selon lequel le Collège des bourgmestre et échevins peut, dans des circonstances extraordinaires, interdire toute représentation pour assurer le maintien de la tranquillité publique ;

Considérant qu'une représentation de l'artiste Dieudonné est prévue en date du 25 mars 2009 dans la salle du Marignan au 33 chaussée de Louvain ;

Considérant les propos de l'artiste lors de ses précédentes représentations, lesquels sont ressentis comme injurieux envers la Communauté juive par une grande partie de l'opinion publique ;

Considérant que la représentation est prévue dans une salle située non loin du siège d'un parti politique flamand d'extrême droite ;

Considérant la relative fragilité de la Commune avec plus de 150 nationalités sur son territoire et compte tenu des événements déjà intervenus par le passé ayant entraîné des émeutes entre ces communautés ;

Considérant les diverses protestations reçues à l'administration communale contre la représentation de l'artiste ;

Considérant que des manifestations et des désordres sont à craindre ;

Qu'il existe par conséquent un risque réel de troubles à l'ordre public ;

Considérant en outre que la représentation aura lieu dans une salle privée dont le permis d'environnement modifié 14/0095 délivré à la salle de fête sise chaussée de Louvain prévoit l'obligation de prévenir la Commune du planning mensuel de la Salle ;

Qu'il y a manquement à cet égard.



Ordonnons :

**Article 1er.** L'interdiction de la représentation de l'artiste dénommé Dieudonné prévue le 25 mars 2009 en salle du Marignan sise chaussée de Louvain 33 à Saint-Josse-ten-Noode.

**Article 2.** La police est chargée de veiller au respect de l'arrêté et à son affichage.

**Article 3.** Le présent arrêté sort (*sic*) ses effets dès sa notification. »

Le 19 mars 2009, dès qu'elle a eu connaissance de cette décision, la société productrice du spectacle a entrepris des démarches en vue d'obtenir le retrait de cette décision; une demande officielle en ce sens a été adressée le 20 mars à la partie adverse par le conseil du requérant, sans succès.

Le requérant indique par ailleurs qu'il a appris par la presse, que la partie adverse justifiait sa décision par le fait qu'il serait antisémite et proche de l'extrême droite, alors que ses convictions sont à l'opposé du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie, et qu'il combat depuis toujours les idées d'extrême-droite. Il estime que la partie adverse opère une confusion entre des idées qu'il exècre avec, d'une part, son anti-sionisme, et, d'autre part, son goût de la provocation et son humour sarcastique.

Considérant que le spectacle interdit par l'arrêté attaqué est programmé pour le 25 mars; que la requête a été introduite le 20 mars; que l'extrême urgence est établie ;

Considérant que le requérant prend un moyen unique de la violation de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du principe de la liberté de commerce et d'industrie, de l'article 130 de la Nouvelle loi communale, et du principe général de bonne administration exigeant notamment des motifs pertinents adéquats et réels pour toute décision administrative; qu'il expose que les circonstances que la partie adverse invoque pour justifier l'arrêté attaqué n'ont pas le caractère extraordinaire et absolument nécessaire pour le maintien de la tranquillité publique que requiert l'article 130 de la Nouvelle loi communale et par conséquent, que la décision attaquée viole le principe de la liberté d'expression ; qu'il indique que les spectacles qu'il a donnés au cours des derniers mois n'ont suscité aucune violence, aucun désordre, que les comportements qui lui sont imputés par la décision attaquée, outre qu'ils ne sont pas pertinents, sont contestés et ne sont pas prouvés, de sorte que les circonstances invoquées par la partie adverse dans la motivation de la décision attaquée ne sont pas établies ; qu'il ajoute que la circonstance que la salle où le spectacle doit être donné n'aurait pas communiqué son « planning mensuel » ne peut, à supposer qu'elle soit exacte, justifier une sanction aussi lourde que l'interdiction de présenter un spectacle programmé depuis plusieurs semaines ;

Considérant que la partie adverse fait valoir à l'audience que l'arrêté attaqué est motivé notamment par la circonstance que l'exploitant de la salle « Le Marignan » n'a pas respecté l'obligation qu'il a de prévenir la commune du planning mensuel, obligation imposée par la modification apportée le 24 août 2004 au permis d'environnement du 30 juillet 1997; qu'elle expose que la méconnaissance de cette obligation est passible de sanctions pénales et que, de ce fait, le collège des bourgmestre et échevins est autorisé à interdire la représentation ;

Considérant qu'interpellés à ce sujet, les avocats de la partie adverse ont indiqué qu'à leur connaissance, aucun autre spectacle n'avait été interdit dans la même salle ;

Considérant que la décision du 20 juillet 2004 portant modification du permis d'environnement délivré à l'exploitant de cette salle porte ce qui suit :

« Considérant que lors de la délivrance du permis, le Marignan était considéré comme salle polyvalente ;

Considérant que les activités qui s'y déroulaient étaient essentiellement des conférences ;

Considérant que les activités actuelles ont été modifiées et consistent actuellement en l'organisation de soirées et de concerts ;

Considérant que de ce fait les conditions d'exploiter prévues dans le permis 14/0095 ne sont plus suffisantes pour garantir la tranquillité du voisinage ;

Le Collège décide de modifier ces conditions en imposant de nouvelles conditions à l'exploitant :

- l'exploitant devra fournir un planning mensuel de ses activités aux services de police et au service environnement ;

- un limiteur de bruit, réglé sur 90 dbA devra être installé lors de l'utilisation de musique électroniquement amplifiée ;

- un portier devra être présent obligatoirement lors de toute soirée et devra faire respecter l'ordre aux clients lorsque ceux-ci sortent de l'établissement ;

- les soirées pourront avoir lieu jusqu'à 1 h du matin le lundi, mardi, mercredi, jeudi et dimanche ;

- après avoir prévenu les services de police une semaine au préalable, les soirées pourront avoir lieu jusqu'à 4h du matin, le vendredi et samedi ; »

Considérant qu'il ressort à l'évidence de cette modification que son objet est de veiller à la protection contre les nuisances sonores, et à lutter contre les troubles que les personnes ayant participé à une soirée pourraient provoquer ; qu'il n'est pas allégué que le spectacle interdit par l'arrêté attaqué serait de nature à provoquer des telles nuisances ou de tels troubles ;

Considérant que lorsque le bénéficiaire d'un permis d'environnement ne respecte pas les conditions que celui-ci impose, les articles 8 à 11 de l'ordonnance du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement fixent la procédure à respecter pour que des mesures de contraintes soient prises à l'égard de l'exploitant; que celles-ci commencent par un

avertissement qui est adressé à l'auteur présumé de l'infraction par un des agents chargés de la surveillance; qu'il n'est pas allégué qu'une telle procédure ait été entamée; qu'aucune disposition n'habilite le collège des bourgmestre et échevins à interdire l'exploitation d'un établissement, et encore moins à le faire pour une seule activité; qu'en tant qu'il se fonde sur la violation d'une obligation imposée par le permis d'environnement, l'acte attaqué ne repose pas sur un fondement admissible ;

Considérant, en tant que l'arrêté attaqué se fonde sur l'article 130 de la Nouvelle loi communale, que la vie en société met inévitablement en présence les intérêts les plus divers et nécessite la solution de leurs antagonismes; que la manière de résoudre ceux-ci, requise par les principes démocratiques, ne consiste pas à privilégier brutalement et sans nuances les intérêts des uns à l'encontre de ceux des autres, mais réside dans un dialogue sincère, ouvert et respectueux de l'autre, seule alternative à la violence conçue comme moyen d'action politique; qu'ainsi se justifie l'importance de la liberté d'expression qui est, sans doute, l'un des fondements de notre démocratie et qui ne saurait connaître d'autres restrictions que celles prévues par la loi ;

Considérant, à cet égard, que le présent arrêt ne saurait être interprété comme prenant parti dans la polémique existante, mais seulement et strictement comme contrôlant la légalité objective de la décision attaquée ;

Considérant, plus concrètement, qu'il n'est pas allégué que le spectacle projeté, « *Liberté d'expression* », comporterait la moindre allusion désobligeante envers quiconque; que c'est seulement la personnalité du requérant et les propos qu'il a précédemment tenus ou les attitudes qu'il a adoptées qui sont mises en cause ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que l'article 130 de la Nouvelle loi communale n'autorise le collège des bourgmestre et échevins à interdire un spectacle que lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent, l'interdiction devant être, dans ce cas, le seul moyen d'assurer le maintien de la tranquillité publique ; qu'une telle interdiction, dérogeant à la règle générale de la liberté d'opinion et d'expression, doit être d'application restrictive ;

Considérant que les circonstances extraordinaires censées justifier l'arrêté attaqué sont en premier lieu « les propos de l'artiste lors de ses précédentes représentations, lesquels sont ressentis comme injurieux envers la Communauté juive par une grande partie de l'opinion publique »;

Considérant que, indépendamment même du fait que le requérant se défend d'avoir jamais tenu des propos antisémites – se déclarant antisioniste, ce qui n'est pas la même chose –, cette circonstance n'est pas de

celles qu'aurait pu retenir la partie adverse pour fonder sa décision; que le collège des bourgmestre et échevins, en effet, n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation; qu'à supposer que des propos tombant sous le coup de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie risquent d'être tenus au cours du spectacle interdit par l'arrêté attaqué, ceux-ci ne pourraient justifier que des poursuites répressives, mais non une mesure préventive de police; qu'en effet, l'article 19 de la Constitution garantit la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés; que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun; qu'elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent les pouvoirs publics ou une fraction quelconque de la population; qu'ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique ;

Considérant que la deuxième circonstance invoquée au préambule de l'arrêté attaqué est « que la représentation est prévue dans une salle située non loin du siège d'un parti politique flamand d'extrême droite » ; qu'aucune explication de la pertinence de ce motif n'apparaît ;

Considérant que la troisième circonstance invoquée est « la relative fragilité de la Commune avec plus de 150 nationalités sur son territoire et ... (les) événements déjà intervenus par le passé ayant entraîné des émeutes entre ces communautés » ;

Considérant que l'importance de la population de nationalité étrangère sur le territoire communal n'est pas de nature à justifier l'interdiction; que les incidents auxquels il est fait allusion consistent, ainsi que les avocats de la commune l'ont indiqué, en heurts entre membres de l'importante communauté d'origine turque vivant à Saint-Josse; que rien dans les propos du requérant ne concerne particulièrement cette communauté ;

Considérant que la quatrième circonstance invoquée est « les diverses protestations reçues à l'administration communale contre la représentation de l'artiste » ; que le dossier ne contient la trace d'aucune protestation; qu'il y figure seulement une allusion vague à la consultation des « différents milieux sensibles » ainsi que des services de police, figurant dans un communiqué de presse du bourgmestre, postérieur à l'arrêté attaqué ;

Considérant qu'aucun des motifs invoqués n'est de nature à justifier l'arrêté attaqué, qui apporte une restriction grave à la liberté d'expression, droit fondamental s'il en est; que le moyen est sérieux ;

Considérant que le requérant soutient que l'exécution immédiate de l'arrêté attaqué risque de causer un préjudice grave difficilement réparable au sujet duquel il expose que l'acte attaqué est la source d'un préjudice grave et difficilement réparable, qu'il équivaut à une interdiction professionnelle qui, bien que ponctuelle, est susceptible de se répéter, qu'il porte gravement préjudice à sa réputation, en le présentant faussement comme un fauteur de troubles et un propagandiste d'idées, qui ne sont nullement les siennes relevant de l'antisémitisme et de l'extrême droite ;

Considérant que par l'atteinte qu'il constitue à l'exercice d'un droit fondamental, compte tenu de ce que le spectacle prévu est programmé et annoncé, le préjudice allégué peut être considéré comme grave et difficilement réparable ;

Considérant que les conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué sont remplies ;

## **D E C I D E :**

### **Article 1er.**

Est ordonnée la suspension de l'exécution de l'arrêté pris le 17 mars 2009 par le collège des bourgmestre et échevins de la commune de Saint-Josse-ten-Noode, qui interdit la représentation que le requérant a prévu de donner le 25 mars 2009 en la salle Marignan sise chaussée de Louvain, 33.

### **Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

### **Article 3.**

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

### **Article 4.**

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV<sup>e</sup> chambre des référés, le vingt-trois mars deux mille neuf, par :

M. LEROY, président de chambre,  
Mme ROBA, greffier.



Conseil d'État français  
Les Productions de la Plume contre la commune de Tours  
Arrêt 374528  
10 janvier 2014





**Conseil d'État**

**N° 374528**

ECLI:FR:CEORD:2014:374528.20140110

Inédit au recueil Lebon

**Juge des référés**

SCP MONOD, COLIN, STOCLET, avocats

**lecture du vendredi 10 janvier 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

**Texte intégral**

Vu la requête, enregistrée le 10 janvier 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la société anonyme à responsabilité partagée (SARL) Les Productions de la Plume, dont le siège social est situé 1, rue des Volailleurs à Saint-Lubin-de-la-Haye (28410), et par M. C...A..., demeurant... ; les requérants demandent au juge des référés du Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1400043 du 10 janvier 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, a rejeté leur demande tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté du 7 janvier 2014 du maire de Tours portant interdiction de la représentation du spectacle " Le Mur " de M. C... A..., prévue le 10 janvier 2014 à Tours ;

2°) de faire droit à leur demande de première instance ;

3°) d'enjoindre au ministre de l'intérieur et au préfet du département de mettre en place un dispositif de police approprié ;

4°) de condamner le maire de Tours à leur verser la somme de 4 500 euros ;

il soutient que :

- la condition d'urgence est remplie, le spectacle étant prévu ce soir ;
- qu'il en va de même de l'atteinte grave à une liberté fondamentale ;
- qu'en effet la décision du maire de Tours étant entachée de défaut de motivation, faute de constater l'impossibilité d'empêcher les éventuels troubles à l'ordre public par la mise en place d'un dispositif de police ;
- qu'elle est entachée de détournement de pouvoir, le maire ayant obéi aux consignes du ministre de l'intérieur en ignorant le régime juridique de

la liberté de réunion et les risques de troubles à l'ordre public ayant été provoqués par des personnes hostiles à la tenue du spectacle ;  
- l'ordonnance elle-même est insuffisamment motivée ;

Vu l'ordonnance attaquée ;

Vu l'intervention, enregistrée le 10 janvier 2014, par laquelle le ministre de l'intérieur demande au Conseil d'Etat de rejeter la requête, par les motifs invoqués en première instance par le préfet d'Indre-et-Loire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment le Préambule ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code pénal ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion ;

Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, la société Les Productions de la Plume et M. C...A... et, d'autre part, la commune de Tours et le ministre de l'intérieur ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 10 janvier 2014 à 17 heures 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Ricard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société Les Productions de la Plume et M. C...A... ;

- les représentants de la société Les Productions de la Plume et de M. C...A... ;

- Me Stoclet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la commune de Tours, qui demande qu'une somme de 2 000 euros soit mise à la charge des requérants sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- la représentante du ministre de l'intérieur ;

et à l'issue de laquelle le juge des référés a clos l'instruction ;

**1.** Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : " Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures " et qu'aux termes de l'article L. 522-1 du même code : " Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin, il informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique (...) ;

**2.** Considérant que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal du administratif d'Orléans a rejeté la demande de la SARL Les Productions de la Plume et de M. C... A... tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté du 7 janvier 2014 du maire de Tours portant interdiction du spectacle " Le Mur ", prévu le 10 janvier 2014 dans cette commune ;

Sur l'intervention en demande de M.B... :

**3.** Considérant que, contrairement aux prescriptions de l'article R. 632-1 du code de justice administrative, cette intervention n'a pas été formée par mémoire distinct ; qu'elle n'est, dès lors pas recevable ;

Sur l'intervention en défense du ministre de l'intérieur :

**4.** Considérant que le ministre justifie d'un intérêt suffisant au maintien de l'ordonnance attaquée ; que son intervention est, dès lors, recevable ;  
Sur l'appel de la SARL Les Productions de la Plume et de M. A... :

**5.** Considérant qu'ainsi que l'a rappelé le juge des référés du tribunal administratif, l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion ; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ;

**6.** Considérant que, pour interdire la représentation à Tours du spectacle " Le Mur ", précédemment interprété au théâtre de la Main d'Or à Paris, le maire de cette commune a relevé notamment que ce spectacle, tel qu'il est conçu, contient des propos de caractère antisémite et infamants envers des personnalités de la communauté juive, et mentionnant de

façon indigne la Shoah ; que l'arrêté contesté rappelle que M. C...A... a fait l'objet de neuf condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature, et qu'il a clairement annoncé sa volonté de persister dans la même voie ; que l'arrêté relève en outre que la tenue de ce spectacle est susceptible d'attiser la haine et la discrimination raciales, dans un contexte de polémique exacerbée entre tenants et adversaires de M. A... et, au-delà, entre tenants et adversaires des messages qu'il véhicule ;

**7.** Considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative que l'usage par le juge des référés des pouvoirs qu'il tient de cet article est subordonné au caractère grave et manifeste de l'illégalité à l'origine d'une atteinte à une liberté fondamentale ; qu'à cet égard, les requérants ne sauraient utilement invoquer, au soutien d'une demande ayant un tel fondement, la circonstance - au demeurant démentie par les pièces du dossier - selon laquelle l'arrêté litigieux serait insuffisamment motivé ;

**8.** Considérant qu'au vu des éléments dont il disposait, le juge des référés de première instance a pu estimer, à bon droit, qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles, de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et la discrimination raciales, relevés lors des séances tenues à Paris, ne seraient pas repris à Tours ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que le spectacle prévu constitue lui-même une menace d'une telle nature à l'ordre public ; que les éléments produits en appel, notamment les échanges au cours de l'audience publique, ne sont pas de nature à remettre en cause cette appréciation ;

**9.** Considérant que, dès lors que la réalité d'un tel risque est suffisamment établie, au vu des éléments soumis au juge des référés, et alors que la mise en place de forces de police ne peut suffire à prévenir des atteintes à l'ordre public de la nature de celles, en cause en l'espèce, qui consistent à provoquer à la haine et la discrimination raciales, le maire ne peut être regardé comme ayant commis une illégalité manifeste dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative en prononçant l'interdiction contestée ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le maire aurait, ce faisant, obéi aux consignes du ministre de l'intérieur et ainsi entaché sa décision de détournement de pouvoir ne peut qu'être écarté ;

**10.** Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SARL Les Productions de la Plume et M. C... A... ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, laquelle est suffisamment motivée, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans a rejeté leur demande ; que leurs conclusions à fin d'injonction et celles tendant à la condamnation du maire de Tours à leur verser une somme ne peuvent,

dès lors, qu'être rejetées ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par la commune de Tours sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

O R D O N N E :

-----

Article 1er : L'intervention en demande de M. B...n'est pas admise.

Article 2 : L'intervention en défense du ministre de l'intérieur est admise.

Article 3 : La requête de la SARL Les Productions de la Plume et M. C... A... est rejetée.

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Tours sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.



Cour constitutionnelle de Belgique  
Recours en annulation de la loi visant à interdire le port de tout  
vêtement cachant totalement ou de manière principale le  
visage  
Arrêt 145/2012  
6 décembre 2012





*En cause* : les recours en annulation de la loi du 1er juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, introduits par Samia Belkacemi et Yamina Oussar, par Elisabeth Cohen, par l'ASBL « Justice and Democracy », par Olivier Pety de Thozée et par Laura Brever.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*  
\* \*

### *I. Objet des recours et procédure*

**a.** Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 26 juillet 2011 et parvenue au greffe le 27 juillet 2011, un recours en annulation de la loi du 1er juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage (publiée au *Moniteur belge* du 13 juillet 2011) a été introduit par Samia Belkacemi, demeurant à 1030 Bruxelles, rue du Pavillon 92, et Yamina Oussar, demeurant à 4020 Liège, rue Léon Frédéricq 23.

La demande de suspension de la même loi, introduite par les mêmes parties requérantes, a été rejetée par l'arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011, publié au *Moniteur belge* du 14 décembre 2011.

**b.** Par requêtes adressées à la Cour par lettres recommandées à la poste les 14 septembre 2011 et 10 novembre 2011 et parvenues au greffe respectivement les 15 septembre 2011 et 14 novembre 2011, des recours en annulation de la même loi ont été introduits par Elisabeth Cohen, faisant élection de domicile à 1050 Bruxelles, avenue Louise 208, et par l'ASBL « Justice and Democracy », dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, rue Renkin 11.

La demande de suspension de la même loi, introduite par Elisabeth Cohen, dans l'affaire n° 5204, a été rejetée par l'arrêt n° 179/2011 du 17 novembre 2011, publié au *Moniteur belge* du 6 février 2012.

**c.** Par requêtes adressées à la Cour par lettres recommandées à la poste les 11 et 13 janvier 2012 et parvenues au greffe respectivement les 13 et 16 janvier 2012, des recours en annulation de la même loi ont été introduits par Olivier Pety de Thozée, demeurant à 1050 Bruxelles, avenue

du Bois de la Cambre 62, et par Laura Brever, faisant élection de domicile à 1050 Bruxelles, avenue Louise 208.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 5191, 5204, 5244, 5289 et 5290 du rôle de la Cour, ont été jointes.

*a) Dans l'affaire n° 5191 du rôle*

Des mémoires ont été introduits par :

- l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », dont le siège social est établi à 9000 Gand, Gebroeders De Smetstraat 75;
- la commune d'Etterbeek, représentée par le collège des bourgmestre et échevins;
- le Conseil des ministres.

Les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse et la commune d'Etterbeek et le Conseil des ministres ont également introduit des mémoires en réplique.

*b) Dans l'affaire n° 5204 du rôle*

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

*c) Dans l'affaire n° 5244 du rôle*

Des mémoires ont été introduits par :

- l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue du Boulet 22;
- le Conseil des ministres.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

*d) Dans les affaires nos 5289 et 5290 du rôle*

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire dans chacune des affaires, les parties requérantes ont introduit des mémoires en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique dans chacune des affaires.

*e) Dans les affaires nos 5191, 5204 et 5244*

Par ordonnance du 27 juin 2012, la Cour a déclaré les affaires en état et fixé l'audience au 17 juillet 2012.

Par ordonnance du 10 juillet 2012, la Cour a remis les affaires à l'audience du 18 septembre 2012.

*f) Dans toutes les affaires*

Par ordonnance du 18 juillet 2012, la Cour a joint les affaires n° 5289 et 5290 et les affaires nos 5191, 5204 et 5244.

Par ordonnance du 18 juillet 2012, la Cour a déclaré les affaires nos 5289 et 5290 en état et fixé l'audience, pour toutes les affaires, au 26 septembre 2012.

A l'audience publique du 26 septembre 2012 :

- ont comparu :

- . Me I. Wouters, avocat au barreau de Bruxelles, pour les parties requérantes;
- . Me J. Sohier, avocat au barreau de Bruxelles, pour la commune d'Etterbeek, dans l'affaire n° 5191;
- . Me D. Pattyn, avocat au barreau de Bruges, pour l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », dans l'affaire n° 5191;
- . A. Deswaef, pour l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme », dont il est le président, dans l'affaire n° 5244;
- . Me O. Di Giacomo, *loco* Me F. Maussion et Me P. Goffaux, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs F. Daoût et A. Alen ont fait rapport;

- les parties précitées ont été entendues;

- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

*II. En droit*

- A -

*Quant à l'intérêt des parties requérantes et intervenantes*

**A.1.1.** Les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 sont des femmes de confession musulmane vivant en Belgique et portant toutes deux le voile intégral. Elles précisent qu'elles portent le niqab sur la base d'un choix personnel conforme à leurs convictions religieuses.

La première partie requérante précise qu'elle a été verbalisée à Etterbeek en 2009 sur la base d'un règlement de police pour port du voile intégral dans l'espace public et qu'elle a

obtenu gain de cause dans le cadre d'un recours introduit devant le Tribunal de police de Bruxelles, le règlement communal ayant été déclaré non conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant à la deuxième partie requérante, elle a été verbalisée à Molenbeek-Saint-Jean en juin 2011, également sur la base d'un règlement de police, pour port du voile intégral. Un recours administratif est actuellement pendant.

**A.1.2.** Dans son mémoire en intervention dans l'affaire n° 5191, la commune d'Etterbeek prétend avoir un intérêt à intervenir à la cause au sens de l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dès lors que la première partie requérante dans cette affaire s'est vu infliger une sanction administrative par décision prise les 12 juin 2009 et 3 septembre 2009 pour violation de l'article 12 du règlement général de police de la commune d'Etterbeek. Le collège des bourgmestre et échevins de la commune a décidé, en sa séance du 19 août 2011, d'intervenir volontairement à la cause.

**A.1.3.** L'ASBL « Liga voor Mensenrechten » introduit un mémoire en intervention dans l'affaire n° 5191. Selon l'article 3 de ses statuts, elle a pour objet de lutter contre toute injustice et contre toute atteinte aux droits des personnes ou des communautés et de défendre les principes d'égalité, de liberté et d'humanisme sur lesquels sont fondées les sociétés démocratiques et qui sont inscrits dans les conventions et déclarations relatives aux droits de l'homme.

A son estime, la disposition attaquée est de nature à affecter plusieurs droits fondamentaux, en particulier la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté de culte et la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté individuelle, le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, affectant de ce fait l'objet social de l'association.

Elle ajoute que la Cour a déjà admis à plusieurs reprises l'intérêt de l'association à agir devant elle.

**A.1.4.1.** Elisabeth Cohen, partie requérante dans l'affaire n° 5204, justifie son intérêt à demander l'annulation et la suspension de la loi du 1er juin 2011 « visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » par sa qualité de femme belge, vivant en Belgique et athée.

La requérante observe que cette loi est de nature à affecter sa liberté de se vêtir, de s'exprimer par ses vêtements, sa liberté individuelle et son droit de circuler librement sur la voie publique sans devoir renoncer à d'autres droits. Elle estime aussi que l'obligation d'être identifiable qui découle de cette loi porte atteinte à sa vie privée et à son droit d'établir des liens sociaux de la manière qu'elle juge appropriée.

La requérante soutient aussi que l'imprécision du terme « identifiable » utilisé par l'article 563*bis* du Code pénal inséré par l'article 2 de cette loi l'expose à une sanction arbitraire si elle porte des lunettes jugées trop grandes, une écharpe, un foulard, une cagoule ou un masque antimicrobien.

La requérante allègue, en outre, que, si la loi du 1er juin 2011 est interprétée comme ne visant que le port du « voile intégral », elle a un intérêt à vivre dans une société qui ne discrimine pas les minorités religieuses.

Elle avance, enfin, que cette loi constitue un « appauvrissement culturel » et promeut une uniformisation incompatible avec les droits fondamentaux de la société dans laquelle elle vit, qui sont notamment reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme.

**A.1.4.2.** Le Conseil des ministres conteste l'intérêt à agir de la partie requérante. A son estime, le fait que cette dernière soit soucieuse de veiller au respect de la liberté de religion, à la non-discrimination des minorités et, plus généralement, à la préservation des droits fondamentaux n'est pas de nature à établir dans son chef un préjudice personnel. La requérante resterait en défaut de démontrer qu'elle porte actuellement des vêtements et accessoires qui masquent son visage ou le dissimulent en tout ou en partie en manière telle qu'elle ne serait pas identifiable. Son intérêt se confondrait donc avec l'action populaire.

**A.1.4.3.** La partie requérante répond qu'en raison de l'imprécision de la loi, elle pourrait être verbalisée à tout moment dans l'espace public si les forces de l'ordre estimaient que son visage était dissimulé de manière à ne pas la rendre identifiable.

**A.1.5.** Dans l'affaire n° 5244, l'ASBL « Justice and Democracy » précise dans sa requête qu'elle est une association non confessionnelle dont l'objet social est notamment de contribuer en fonction de ses moyens et priorités à faire reculer l'injustice et toute atteinte arbitraire aux droits humains et, à ce titre, d'apporter son aide à toute personne victime de discrimination ou d'atteinte à ses libertés et droits fondamentaux. Elle estime disposer d'un intérêt à agir contre toute forme de discrimination et d'atteinte aux droits fondamentaux et libertés individuelles sur la base d'un critère protégé par le droit positif. La décision d'agir aurait été prise par le conseil d'administration lors de sa réunion du 22 juillet 2011.

**A.1.6.** Dans l'affaire n° 5244, une requête en intervention est aussi introduite par l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme ». D'après l'article 3 de ses statuts, l'association a pour objet de combattre l'injustice et toute atteinte arbitraire aux droits d'un individu ou d'une collectivité. Elle défend les principes d'égalité, de liberté, de solidarité et d'humanisme sur lesquels se fondent les sociétés démocratiques et qui ont été proclamés notamment par la Constitution belge et plusieurs conventions internationales. Elle soutient toute initiative qui tend à la formation et à la promotion des droits et libertés et poursuit ses objectifs en dehors de tout engagement partisan ou confessionnel. D'après l'ASBL, son objet social serait d'une nature particulière, distincte de l'intérêt général.

L'association précise que la Cour a, à plusieurs reprises, reconnu son intérêt à agir dans d'autres causes et estime qu'en l'espèce elle dispose de pareil intérêt dès lors que la loi attaquée interdit à une personne de se présenter dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'elle ne soit pas identifiable. Elle soutient également que la disposition attaquée porte atteinte au principe de subsidiarité du droit pénal qui exige que la répression pénale en ce qu'elle porte par nature et par essence atteinte à la liberté individuelle ne soit qu'un dispositif de dernier recours dont l'adoption nécessite un examen rigoureux et une motivation idoine.

**A.1.7.1.** La requête dans l'affaire n° 5289 est introduite par un requérant de nationalité belge, qui vit en Belgique, ne porte pas le voile intégral et n'est pas de confession musulmane. A son estime, en exigeant que chaque citoyen soit identifiable en permanence dans l'espace accessible au public, la loi introduirait une nouvelle obligation d'« identifiabilité » et pourrait l'exposer à des sanctions pénales si, pour des motifs tout à fait légitimes, il venait à porter un vêtement qui dissimule son visage tel que des lunettes, un chapeau, une casquette ou une cagoule. L'imprécision de la loi rendrait encore plus difficile la possibilité pour le requérant d'adapter son comportement pour se conformer à celle-ci.

La loi porterait ainsi atteinte à sa liberté de se vêtir, à sa vie privée, à sa liberté de s'exprimer sur le plan vestimentaire, de circuler librement sur la voie publique et de s'associer, sans surveillance des pouvoirs publics.

**A.1.7.2.** Le Conseil des ministres conteste l'intérêt à agir du requérant au motif que le préjudice qu'il invoque serait hypothétique. Porter des lunettes, un chapeau ou une cagoule ne démontrerait pas un intérêt personnel dans le chef du requérant. De tels accessoires ne seraient en outre pas de nature à dissimuler le visage au point de rendre la personne non identifiable.

Le Conseil des ministres conclut que le recours s'apparente à un recours populaire.

**A.1.7.3.** Le requérant répond que l'affirmation du Conseil des ministres selon laquelle le port de lunettes ou autres accessoires cités n'empêche pas l'identification des personnes est dépourvue de fondement. Ce serait donc avec une curieuse mauvaise foi que l'Etat belge entendrait réserver aux seules musulmanes le droit d'avoir un intérêt à agir.

**A.1.7.4.** D'après le Conseil des ministres, le requérant reste en défaut de démontrer que la loi lui est applicable. Le port d'accessoires tels ceux invoqués par le requérant ne serait pas de nature à dissimuler le visage de celui qui les porte.

**A.1.8.** La partie requérante dans l'affaire n° 5290 vit en Belgique, est de confession musulmane et porte le voile intégral sur la base d'un choix personnel qu'elle estime conforme à ses convictions religieuses. Elle considère que la loi attaquée porte atteinte à sa liberté de religion ainsi qu'à d'autres libertés fondamentales protégées par la Convention européenne des droits de l'homme.

*Quant au fond, en ce qui concerne les recours*

**A.2.** Les parties requérantes dans les affaires nos 5191, 5202, 5244 et 5290 précisent que leur demande d'annulation est fondée sur des motifs sérieux touchant à l'exercice de libertés fondamentales protégées tant par la Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme. Elles soutiennent que des instances internationales et nationales ont déjà souligné le caractère excessif, inadéquat et attentatoire d'une interdiction générale de porter le voile dans tout l'espace public.

Sont cités à l'appui de leur requête, une étude du Conseil d'Etat français sur le sujet, une décision du Tribunal de police de Bruxelles du 26 janvier 2001, un communiqué de presse de la Ligue des Droits de l'Homme publié le 28 avril 2010, un avis rendu sur la question en novembre 2009 par « Human Rights Watch », un mémorandum pour les élections du 13 juin 2010 rédigé par le Centre pour l'égalité des chances, un communiqué du 21 avril 2010 d'Amnesty International, un rapport de la Ligue des droits de l'Homme française, un rapport récent d'Amnesty International sur la situation des musulmans en Europe et, enfin, un communiqué du Mouvement contre le racisme et pour l'Amitié entre les peuples (MRAP) en France.

**A.3.1.** Les parties requérantes dans les affaires nos 5244 et 5290 prennent un premier moyen de la violation des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le premier moyen dans l'affaire n° 5289 est pris de la violation des mêmes dispositions, combinées avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le requérant dans l'affaire n° 5289 soutient dans une première branche que par sa généralité, la loi vise toute personne qui se dissimule le visage et reste en défaut de déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par « identifiabilité », par qui l'identification doit être faite et pour quels motifs.

Il est soutenu, dans une première branche du premier moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ainsi que dans une deuxième branche du premier moyen dans l'affaire n° 5289, qu'en prévoyant une sanction pénale lorsque la personne concernée a le visage dissimulé

en manière telle qu'elle n'est pas identifiable, la loi est rédigée de telle façon qu'il est impossible ou en tout cas difficile de savoir ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Dans une deuxième branche du même moyen dans les affaires n° 5244 et 5290 ainsi que dans une troisième branche du même moyen dans l'affaire n° 5289, les parties requérantes prétendent que la notion de « lieux accessibles au public » ne permet pas, notamment pour des femmes qui portent le voile intégral, de prévoir avec suffisamment de précision quand elles sont ou non en infraction, vu l'absence de définition de cette notion.

**A.3.2.** D'après le Conseil des ministres, la notion de « lieux accessibles au public » devrait se comprendre comme visant la voie publique (rues, routes, places, etc.), les lieux librement accessibles au public (parcs, plages, jardins publics, commerces pendant les heures d'ouverture, bars, restaurants, etc.), les lieux dont l'accès au public est soumis à condition (tel le paiement d'un droit d'entrée) dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut remplir cette condition et, enfin, les parties ouvertes au public des lieux affectés à un service public (gares, administrations communales, commissariats de police, cours et tribunaux, établissements de santé).

Ne seraient en revanche pas visés, le domicile, les lieux privés tels que les chambres d'hôtel, les locaux privés d'une association ou d'une entreprise ou encore les locaux d'un cercle privé.

Quant au caractère identifiable, il y aurait lieu de le comprendre dans son sens usuel, c'est à dire « qui peut être reconnu ».

Le Conseil des ministres ajoute qu'y compris en droit pénal, les concepts juridiques laissent toujours un pouvoir d'appréciation au juge, la Cour de cassation garantissant l'unité de la jurisprudence.

**A.3.3.** Les parties requérantes reproduisent, dans leur mémoire en réponse, les termes de leur requête.

**A.4.1.** Dans un premier moyen dans l'affaire n° 5191 et un deuxième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290, les parties requérantes allèguent la violation de l'article 19 de la Constitution combiné avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les parties requérantes citent plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans lesquels seraient rappelés les principes fondamentaux que doivent respecter les autorités nationales en la matière, à savoir la protection de ce patrimoine commun qu'est la liberté de conscience au bénéfice de tous et toutes, quelles que soient leurs convictions, y compris les non-croyants et les indifférents, le droit de manifester publiquement et non exclusivement en privé ses convictions religieuses et, enfin, l'obligation pour les Etats de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent; à cet égard, il ne peut être question pour les Etats d'éliminer le pluralisme.

A l'estime des parties requérantes, porter le niqab sur la voie publique constitue l'exercice d'une liberté religieuse. Elles peuvent dès lors prétendre bénéficier de la protection que leur accorde l'article 19 de la Constitution et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**A.4.2.1.** Si des restrictions sont admises à l'exercice de cette liberté, celles-ci doivent répondre à un certain nombre de conditions. La restriction doit ainsi être prévue par une loi, ce qui n'est pas contesté en l'espèce puisqu'une loi au sens strict a été adoptée.

**A.4.2.2.** La loi doit encore être suffisamment accessible et énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. En l'espèce, les parties requérantes admettent que la loi est suffisamment accessible pour permettre aux femmes désireuses de porter le voile intégral de comprendre qu'elles ne peuvent, sans risque de poursuites, aller et venir dans l'espace public ainsi revêtues.

**A.4.2.3.** Des critères de légitimité, de nécessité et de proportionnalité de la mesure doivent également être remplis. Ainsi la loi doit être « nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Quant au but légitime que la dérogation devrait en principe poursuivre, les parties requérantes soutiennent qu'en l'espèce l'objectif de la loi est multiple et assez confus.

Quant au fait que l'ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique, il est allégué que les arguments de sécurité publique invoqués dans les documents parlementaires pour justifier l'adoption de la mesure, selon lesquels il serait impératif d'être reconnaissable à tout moment sur la voie publique, ne résistent pas à l'analyse.

D'après les parties requérantes, il serait manifeste que le véritable motif pour lequel la loi a été adoptée serait l'interdiction du port du voile intégral. La limitation apportée aux droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral ne serait pas nécessaire au regard, notamment, des normes de sécurité en Belgique dès lors que l'identification des individus ne peut être confondue avec leur reconnaissabilité ou leur identifiabilité au premier regard dans l'espace public par tout un chacun.

Il est souligné que l'article 34, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police permet aux fonctionnaires de police de contrôler l'identité de toute personne qui est privée de sa liberté ou qui a commis une infraction, ainsi que de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels ou de circonstances de temps ou de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle pourrait troubler l'ordre public ou qu'elle l'a troublé.

Le point de vue des parties requérantes aurait été confirmé par le Tribunal de police de Bruxelles dans un jugement rendu le 26 janvier 2011 dans le cadre de la verbalisation de la première partie requérante dans l'affaire n° 5191 pour port du voile intégral sur le territoire de la commune d'Etterbeek.

Les parties requérantes ajoutent à titre surabondant que, dans la mesure où la loi ne vise pas explicitement la burqa et le niqab, aucun lien entre la criminalité et la burqa n'a été démontré. Ce point de vue serait confirmé par les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi. Il relèverait davantage de l'amalgame et du préjugé de vouloir trouver dans le port du niqab, en dehors de toute autre considération factuelle, une menace à la sécurité publique.

Les parties requérantes renvoient à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, dans lequel la Cour aurait considéré que le simple fait de porter une tenue vestimentaire comme expression d'une liberté ne constitue pas en soi une menace et que son interdiction dans de telles circonstances constitue une limitation de la liberté religieuse qui ne répond pas à l'article 9.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**A.4.2.4.** En ce qui concerne les motifs de dignité humaine et d'égalité entre les hommes et les femmes qui sont notamment évoqués pour justifier l'interdiction de se couvrir le visage, les parties requérantes dans les affaires nos 5191 et 5290 rappellent que le port du voile intégral est bien dans leur chef une décision personnelle et volontaire.



A leur estime, si, par liberté, des femmes qui portent traditionnellement le niqab ou le voile intégral décident de ne plus le porter sans qu'aucune contrainte juridique puisse être exercée sur elles, cette même liberté devrait leur permettre de choisir, de respecter, d'adopter ou d'obéir à des prescrits religieux.

**A.5.1.** Dans son mémoire, le Conseil des ministres commence par préciser qu'une répression administrative est également prévue à l'égard du comportement sanctionné par le nouvel article 563*bis* du Code pénal. Une sanction administrative ne peut cependant être infligée qu'à défaut de poursuites pénales.

Le Conseil des ministres poursuit en indiquant qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi que l'interdiction qu'elle prescrit repose principalement sur deux considérations : des considérations de sécurité publique et juridique ainsi que des « considérations sociales, indispensables au 'vivre ensemble' dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et de chacun ».

**A.5.2.** En ce qui concerne plus particulièrement les griefs formulés par les parties requérantes dans leur requête, le Conseil des ministres souligne que dans l'affaire n° 5191, ceux-ci ne sont pas repris sous la forme d'un moyen mais dans un exposé confus dans lequel est alléguée la violation de nombreuses dispositions constitutionnelles et internationales. Il s'agira dès lors pour la Cour d'apprécier si pareil exposé répond au prescrit de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

D'après le Conseil des ministres, dans cette affaire, au-delà de la profusion des dispositions invoquées dans la requête, la critique des parties requérantes se résume en réalité à soutenir que la loi attaquée porte atteinte à la liberté de religion et d'expression des convictions religieuses telle que garantie par les articles 19 de la Constitution et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**A.5.3.** Quant au fond, le Conseil des ministres soutient que la liberté de religion et, en particulier, la liberté d'exprimer des convictions religieuses n'est pas absolue. Le législateur peut, en effet, y apporter, sous certaines conditions, des limitations ou restrictions, ainsi que l'admettent d'ailleurs les parties requérantes.

Les conditions à de telles restrictions exposées par les parties requérantes dans leur requête sont reprises et analysées par le Conseil des ministres.

Celui-ci relève que les restrictions sont bel et bien prévues par un texte de loi qui poursuit un double objectif : d'une part, un objectif relevant à la fois de la sécurité publique et de la sécurité juridique et, d'autre part, un objectif qui ressortit à des considérations sociales tenant au « vivre ensemble dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et chacun ». Il pourrait difficilement être soutenu qu'il ne s'agit pas là d'objectifs légitimes qui correspondent aux buts légitimes retenus par l'article 9.2 de la Convention européenne des droits de l'homme. La circonstance que la loi ait entendu viser tout vêtement dissimulant totalement ou de manière principale le visage, et pas seulement le niqab ou la burqa, ne priverait pas de pertinence le deuxième objectif poursuivi par le législateur.

Quant à la proportionnalité de la mesure, le Conseil des ministres renvoie à plusieurs arrêts prononcés par la Cour européenne des droits de l'homme qui seraient de nature à démontrer que les principes que cette Cour a dégagés sont parfaitement mis en oeuvre et respectés par la loi attaquée.

Tout d'abord, l'interdiction de porter, dans les lieux accessibles, un vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage serait une mesure parfaitement nécessaire à la poursuite de légitimes considérations d'ordre public et de sécurité publique. En

invoquant l'argument tiré de l'article 34, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, les parties requérantes perdraient de vue que l'identification des personnes ne se limite pas aux contrôles policiers d'identité. L'identification d'une personne qui a commis une infraction ou en a été le témoin est également le fait d'autres citoyens (victimes, passants) qui, ayant vu le visage de l'auteur du délit, pourraient donner aux autorités judiciaires des informations permettant de confondre ce dernier. Cette identification se réalise également par la lecture d'enregistrements de caméra de vidéosurveillance. Il serait évident que permettre à des personnes de circuler dans des lieux publics le visage dissimulé rendrait inopérants ces deux types d'identification.

Surabondamment, le Conseil des ministres indique que le législateur belge a pu légitimement et raisonnablement considérer que des tenues vestimentaires comme la burqa et le niqab heurtent à l'excès nos valeurs et traditions démocratiques en rendant quasi impossible l'établissement d'un lien social mais également en ce qu'elles sont l'expression d'un courant de pensées qui remet en cause l'égalité entre hommes et femmes ainsi que la dignité de la femme.

D'après le Conseil des ministres, plus une société est multiculturelle et plus coexistent des formes de convictions religieuses et philosophiques, plus les personnes animées de ces convictions doivent veiller à ne pas les exprimer de manière excessive ou trop ostentatoire sur la voie publique.

**A.6.1.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 précisent, à titre préliminaire, que les différentes dispositions dont elles allèguent la violation sont autant de moyens invoqués bien qu'ils n'aient pas été nommés comme tels formellement. A leur estime, un formalisme excessif les priverait d'un recours effectif au regard de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**A.6.2.** Quant au fond, l'ensemble des parties requérantes reproduisent l'argumentation développée dans leur requête.

La partie requérante dans l'affaire n° 5290 précise que porter le niqab sur la voie publique constitue l'exercice d'une liberté publique et non d'une obligation religieuse. Elle fait état d'un avis rendu par le « Centre Islamique et Culturel de Bruxelles » sur cette question dont il ressortirait qu'il ne fait pas de doute que le port du niqab fait bien partie de la pratique religieuse en Islam. Le statut du port du niqab serait en revanche controversé mais il n'appartiendrait ni au Conseil des ministres ni à la Cour de se prononcer sur cette question.

Les parties requérantes ajoutent, en ce qui concerne le fait que la dérogation prévue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme doit être prévue par une loi suffisamment accessible et précise, que la disposition en cause manque de précision quant aux notions « d'espace accessible au public », de « dissimulation » totale ou partielle du visage ou encore « d'identifiabilité ».

Quant à la légitimité des buts poursuivis, les parties requérantes se penchent plus particulièrement sur les considérations sociales indispensables au vivre ensemble qui ont été avancées en référence à l'opinion émise par Elisabeth Badinter. A l'estime des parties requérantes, ces considérations, liées à l'idée de réciprocité, ne reposeraient sur aucune base factuelle, légale ou conventionnelle. Quant à la dignité de la femme, la loi y porterait davantage atteinte qu'elle ne la protégerait. Quant à l'objectif de sécurité, s'il est légitime en soi, l'Etat resterait en défaut de démontrer qu'il l'est dans le cas d'espèce. Il y aurait, en effet, une contradiction entre ce motif et la généralité de la mesure adoptée. Ce motif devrait impliquer pour tous et toutes que l'on reste « identifiable » sans qu'il soit besoin de savoir pourquoi on se couvre le visage et sans s'intéresser à la façon dont il est couvert.

Il est encore soutenu que l'Etat resterait en défaut de démontrer que la mesure est de nature à augmenter la sécurité *in concreto* de sorte que son caractère nécessaire et adéquat serait démontré.

**A.7.** Le Conseil des ministres répond que quoi qu'en disent les parties requérantes, le caractère religieux de l'obligation de porter le voile intégral dont elles se prévalent aura une incidence sur le pouvoir d'appréciation dont dispose la Cour.

Quant à la question de savoir si le port du niqab constitue une obligation ou non, le document émanant du « Centre Islamique et Culturel de Bruxelles » ne permettrait pas à la requérante de l'établir.

En ce qui concerne le prétendu caractère flou de certains termes utilisés par la loi, le Conseil des ministres indique qu'il y a lieu de leur donner leur sens usuel et non une définition spécifique qui apparaîtrait comme trop technique et donc difficilement compréhensible. Le Conseil des ministres examine ce qu'il y a lieu d'entendre par « lieux accessibles au public » et « identifiable ».

Les fondements de la loi sont ensuite analysés et le Conseil des ministres rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme laisse un certain pouvoir d'appréciation aux Etats pour limiter ou encadrer la liberté de religion et la liberté d'expression des convictions religieuses.

**A.8.** Un deuxième moyen dans les affaires nos 5191 et 5289 et un troisième moyen dans les affaires nos 5204, 5244 et 5290 sont pris de la violation de l'article 19 de la Constitution combiné avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

D'après les parties requérantes, par identité de motifs à ce qui a été exposé en matière de liberté de religion, la loi porte également atteinte de manière excessive à la liberté d'expression telle qu'elle est garantie par les dispositions visées au moyen.

**A.9.** En ce qui concerne la requête introduite dans l'affaire n° 5204, d'après le Conseil des ministres, la formulation du moyen serait de nature à démontrer que le recours introduit par la partie requérante est une *actio popularis*. Le Conseil des ministres renvoie, pour le reste, à l'argumentation qu'il a développée dans le cadre du premier moyen dans l'affaire n° 5191 et du deuxième moyen dans l'affaire n° 5244. Il reproduit cette argumentation pour répondre au deuxième moyen dans l'affaire n° 5289.

**A.10.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes renvoient à leur requête et soutiennent que l'Etat belge reste en défaut de démontrer que l'ingérence de l'Etat dans leur liberté d'expression serait légitime, nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.

Dans l'affaire n° 5289, la partie requérante ajoute que la liberté protégée ne se limite pas aux idées ou aux informations. L'expression visuelle ferait indiscutablement partie de cette liberté d'expression. Une certaine façon de s'habiller ou de s'exprimer sur le plan vestimentaire serait une façon de communiquer et ferait partie intégrante de l'identité de la personne. Cela serait confirmé par le fait que la loi vise au premier chef le port du voile intégral, voyant dans ce dernier un symbole visuel et un message.

**A.11.** Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres renvoie à son mémoire.

**A.12.1.** Le troisième moyen dans l'affaire n° 5191 et le quatrième moyen dans les affaires nos 5204, 5244, 5289 et 5290 sont pris de la violation de l'article 12 de la Constitution combiné avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les parties requérantes dans les affaires nos 5244, 5289 et 5290 y ajoutent la lecture

combinée de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Quant au premier moyen soulevé par la partie requérante dans l'affaire n° 5204, il est pris de la violation de la même disposition constitutionnelle combinée avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est soutenu que la liberté individuelle des femmes portant le voile intégral est gravement mise en cause dès lors que du fait de porter le voile intégral dans un lieu accessible au public, sans causer le moindre dommage à autrui, ces femmes encourrent des sanctions pénales, en ce compris des peines de prison.

**A.12.2.** La partie requérante dans l'affaire n° 5204 ajoute, dans le premier moyen de sa requête, que la disposition attaquée ne répond pas à l'exigence de prévisibilité que doit respecter toute disposition pénale. La loi ne permettrait en effet pas, compte tenu de sa généralité, de faire la part entre ce qui est désormais acceptable et ce qui ne le serait pas, en l'absence de définition des termes « dissimulation » et « identifiabilité ».

**A.12.3.** Quant à la partie requérante dans l'affaire n° 5289, elle soutient que pour les mêmes motifs que ceux évoqués dans le cadre de l'analyse de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le législateur n'apporte aucun élément de nature à démontrer la légitimité, la proportionnalité et la nécessité d'une mesure qui remet en cause la liberté individuelle par le fait que des choix vestimentaires peuvent entraîner des sanctions pénales.

**A.13.** Le Conseil des ministres reconnaît que la liberté d'aller et venir constitue une composante de la liberté individuelle mais soutient que la loi en cause n'interdit pas aux citoyens de circuler. Il précise qu'en outre, cette liberté n'est pas absolue et renvoie, à cet égard, à ce qu'il a exposé concernant le caractère légitime des buts poursuivis par la loi attaquée et le caractère proportionné de l'interdiction litigieuse.

**A.14.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes répètent que l'Etat n'apporterait aucun élément concret permettant de justifier la restriction de la liberté en cause.

La partie requérante dans l'affaire n° 5204 ajoute qu'en l'espèce, sa liberté individuelle est mise en cause dès lors qu'elle pourrait être pénalisée si son visage était totalement ou partiellement dissimulé de façon à ne pas être identifiable, ce qui la priverait de sa liberté de se vêtir et de « s'arranger ». L'imprécision des termes de la loi laisserait en outre une trop grande place à l'arbitraire.

**A.15.** Le Conseil des ministres répond que la liberté d'aller et venir est une composante de la liberté individuelle, qui n'est toutefois pas en cause en l'espèce. L'interdit porte en effet sur le fait de se présenter dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle que les personnes ne soient pas identifiables. En outre, la liberté individuelle peut connaître des limitations. Le Conseil des ministres renvoie, sur ce point, à son mémoire.

**A.16.1.** Le quatrième moyen dans l'affaire n° 5191 et le deuxième moyen dans l'affaire n° 5204 sont pris de la violation de l'article 22 de la Constitution combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le quatrième moyen dans l'affaire n° 5289 et le cinquième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290, les parties requérantes y ajoutent la violation de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

D'après les parties requérantes dans l'affaire n° 5191, la loi affecterait gravement l'organisation de leur vie privée et familiale dès lors qu'elles seront condamnées à devoir

rester chez elles ou, dans le cas contraire, devront sacrifier une partie de leur choix religieux si elles veulent respecter ce dernier.

**A.16.2.** La partie requérante dans l'affaire n° 5204, soutient, pour sa part, que l'exigence d'être identifiable à tout moment dans l'espace public porterait atteinte à sa vie privée et à la liberté qu'elle a de se vêtir de même qu'à son intégrité morale. Une telle mesure impliquerait également que des informations la concernant puissent être conservées et utilisées à son insu, alors qu'elles sont totalement étrangères à la commission d'une infraction. La motivation du « vivre ensemble » défendue par le législateur interférerait également avec la vie privée de la partie requérante, qui reste libre d'établir, ou non, des liens sociaux dans l'espace public. Elle fonde ce dernier argument sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle relative à la vie privée en examinant successivement le fait qu'une dérogation à ce droit poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique.

**A.16.3.** Quant aux parties requérantes dans les affaires nos 5244 et 5290, elles ajoutent que la loi constitue une ingérence externe quant à la façon dont les femmes qui portent le voile intégral choisissent de développer leur personnalité. Les notions de « vivre ensemble » et de « contact social » ne seraient, en outre, pas des critères retenus par la Convention européenne des droits de l'homme pour limiter les droits qu'elle consacre.

**A.16.4.** Les parties requérantes dans les affaires nos 5289 et 5290 soulignent encore que la protection de la vie privée recouvre diverses facettes, notamment le droit à une certaine opacité, à savoir « le droit à la solitude », le droit à une certaine liberté d'entreprendre loin de toute interférence et pression sociale directe et indirecte ainsi que le droit à la liberté informationnelle.

L'exigence d'être identifiable à tout moment dans l'espace public permettrait aux autorités de prendre des images, de les traiter, de les conserver et de les utiliser sans que les parties requérantes puissent s'en protéger. Il est renvoyé à une décision de la Cour constitutionnelle allemande de 1993 ainsi qu'à la doctrine pour démontrer qu'il est de la sorte porté atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes concernées en faisant que la sécurité devient la norme et la liberté l'exception.

**A.17.** Dans son mémoire, le Conseil des ministres renvoie *mutatis mutandis* à l'argumentation développée relativement au premier moyen dans l'affaire n° 5191, identique au deuxième moyen dans l'affaire n° 5244. Il ajoute que l'interdiction imposée par la loi n'est pas d'application générale mais ne concerne que les « lieux accessibles au public », lieux où, par définition, le droit au respect de la vie privée est moins intense. Ces endroits seraient en outre des endroits de prédilection pour la commission d'infractions, ce qui confirmerait la légitimité du but de sécurité publique poursuivi.

Quant à la critique des parties requérantes dans les affaires nos 5289 et 5290 relative à l'usage de caméras de vidéosurveillance, le Conseil des ministres ajoute que celle-ci n'est pas dirigée contre la loi attaquée mais contre une éventuelle utilisation abusive qui en serait faite, ou contre l'enregistrement de données au moyen de ces dispositifs, et que cela relève du champ d'application de la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance.

**A.18.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes reproduisent l'argumentation développée dans leur requête.

Elles ajoutent toutefois qu'exiger des femmes qui portent le voile intégral de montrer leur visage de manière à être identifiable, combiné avec le fait qu'il existe un système de caméras de surveillance qui permet de prendre des images, de les traiter, de les conserver ou de les utiliser à leur insu revient à créer une « société de contrôle ».

Une telle exigence est, à l'estime des parties requérantes, excessive au regard de l'objectif de sécurité et n'est pas compatible avec une société démocratique dans la mesure où elle est générale et ne se justifie pas par des éléments précis, concrets et contrôlables. Il est ajouté que la loi accroît de manière considérable la capacité d'intrusion et de contrôle des forces de l'ordre dans la vie privée des parties requérantes à un niveau qui n'aurait jamais été égalé dans notre société. Ici encore, l'Etat resterait en défaut de démontrer en quoi la mesure constituerait une atteinte légitime, nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.

**A.19.** Le Conseil des ministres répond qu'autoriser quelqu'un à circuler le visage masqué ne permet pas son identification et rend quasi impossible l'établissement d'un lien social. Il répète également que les lieux publics sont des lieux de prédilection pour la commission d'infractions. La mesure contestée n'est donc pas déraisonnable.

**A.20.** Le cinquième moyen dans l'affaire n° 5191 et dans l'affaire n° 5204 est pris de la violation de l'article 23 de la Constitution, qui consacre le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. Un sixième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 est pris de la violation de la même disposition constitutionnelle, combinée avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est soutenu qu'en pénalisant le comportement des femmes qui portent le voile intégral alors qu'aucune activité criminelle ou délictueuse ne peut leur être reprochée, et en les stigmatisant ainsi comme constituant une menace à la sécurité publique, la loi, en l'absence de justification sérieuse et légitime, porterait gravement atteinte à leur dignité.

**A.21.** D'après le Conseil des ministres, cette critique faite à la loi serait de pure opportunité. Il appartiendrait, en effet, au législateur, dans la marge d'appréciation dont il dispose, de fixer les normes sociales de la vie en Belgique. Le Conseil des ministres renvoie, pour le surplus, aux considérations émises à propos de la liberté de religion. Il ajoute que l'interdiction prévue par la loi, loin de constituer un traitement inhumain ou dégradant, permettrait de veiller à l'émancipation de la personne humaine et, partant, à sa dignité.

**A.22.1.** Les parties requérantes répondent qu'une loi d'interdiction générale porte atteinte à la dignité des femmes qui souhaitent porter le voile intégral. A leur estime, la notion de dignité est subjective et est basée, en l'espèce, sur un choix de vie, au regard des recherches spirituelles et religieuses individuelles de ces femmes, sur lesquelles se fonde leur vie.

Les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 répètent qu'il s'agit, dans leur chef, d'une décision personnelle et volontaire qui ne porte atteinte au droit de personne.

Quant à l'égalité hommes-femmes qui serait recherchée, à l'estime des parties requérantes, des différences existant entre ceux-ci concernant leurs droits et libertés, qui ont été voulues par les intéressés et non imposées par des dispositions normatives obligatoires ne constitueraient pas nécessairement une atteinte à ce principe d'égalité. Les parties requérantes notent d'ailleurs que certains postes dans d'autres religions sont exclusivement réservés aux hommes de même que certaines traditions vestimentaires ne s'appliquent qu'à ces derniers. Dès lors qu'en Belgique, il n'existe pas d'obligation légale pour les femmes de porter le niqab ou le voile intégral, celles-ci demeureraient libres de le porter ou non, pour quelque motif que ce soit.

Il est ajouté, dans l'affaire n° 5290, que la loi attaquée s'inscrit dans le cadre particulier des discriminations dont souffriraient manifestement les musulmans en Europe et dont Amnesty International se serait fait l'écho. Le Comité des Droits de l'Homme des Nations

Unies aurait été particulièrement sensible à cette question dans sa décision *Ranjit c. Etat français* du 29 juillet 2011.

**A.22.2.** La partie requérante dans l'affaire n° 5204 soutient, pour sa part, que la nouvelle loi porte atteinte à son sentiment de dignité, tandis que l'obligation que cette loi prescrit et la motivation qui la sous-tend sont un traitement dégradant au regard du principe fondamental de dignité.

**A.23.** Le Conseil des ministres répond une fois encore que les critiques faites par les parties requérantes sont de pure opportunité et ajoute qu'il se réfère aux considérations qu'il a émises dans son mémoire au sujet de la liberté de religion et de son expression.

En ce qui concerne la décision du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies à laquelle il est fait référence, le Conseil des ministres relève qu'elle concernait le port d'un turban, lequel ne masque pas le visage au point de rendre la personne non identifiable.

**A.24.** Le sixième moyen dans l'affaire n° 5191 et le neuvième moyen dans l'affaire n° 5204 sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un septième moyen, pris de la violation des mêmes dispositions, lues en combinaison également avec l'article 1er du Douzième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, est soulevé dans les affaires nos 5244 et 5290.

En l'espèce, les parties requérantes dans les affaires nos 5191 et 5204 allèguent l'existence d'une discrimination dans l'exercice des droits et des libertés fondamentaux consacrés par les articles 12, 19, 22 et 23 de la Constitution ainsi que par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 2 du Quatrième Protocole additionnel à ladite Convention consacrant la liberté de circulation et, enfin, par l'article 18, paragraphes 1, 2 et 3, l'article 19, paragraphes 1 et 2, et l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Après avoir distingué les notions de discriminations actives et passives ainsi que de discriminations directes et indirectes et après avoir exposé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme consacrée aux discriminations indirectes, les parties requérantes soutiennent en l'espèce que la loi attaquée crée, en dépit de la généralité de ses termes, une situation de discrimination passive et indirecte. A leur estime, les femmes portant le voile intégral se trouvent dans une situation fondamentalement différente des citoyens belges qui ne sont pas de confession musulmane, pour lesquels les dispositions légales attaquées sont beaucoup moins contraignantes ou, en tout cas, ne touchent pas à l'exercice de libertés fondamentales protégées.

En ce qui concerne la partie requérante dans l'affaire n° 5204, le Conseil des ministres soutient que le moyen doit être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt dès lors qu'est alléguée l'existence d'une discrimination en la défaveur des femmes musulmanes.

Il ajoute que les requêtes reposent sur une erreur d'interprétation dès lors que la loi ne vise pas que le port du voile intégral; la loi ne créerait dès lors pas de distinction fondée sur le sexe ou la religion.

**A.25.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes reprennent les considérations contenues dans leur requête relativement à ce moyen. La partie requérante dans l'affaire n° 5204 précise toutefois, la concernant, qu'elle aurait suffisamment montré en quoi elle disposait d'un intérêt à agir, ce qui ne lui interdirait pas de développer d'autres arguments de nature à justifier l'annulation de la loi.

**A.26.** Le Conseil des ministres répond que la critique repose ici sur un procès d'intention fait au législateur belge. En effet, celui-ci ne vise pas que le port du voile intégral, tel que cela ressort des travaux préparatoires de la loi.

**A.27.** Le septième moyen dans l'affaire n° 5191 et les sixième et septième moyens dans l'affaire n° 5204 sont pris de la violation des articles 14, 17 et 18 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce moyen est également soulevé par les parties requérantes dans les affaires nos 5244, 5289 et 5290, au titre de huitième moyen, qui est également pris de la violation de l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il serait manifeste, à la lecture des motifs et des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi attaquée, que les limitations qui ont été apportées par celle-ci aux libertés constitutionnelles également protégées par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont en aucune manière appliquées dans le but pour lequel elles sont annoncées, à savoir la sécurité. Les motifs seraient en réalité instrumentalisés pour justifier une interdiction qui trouve son fondement dans un sursaut identitaire et communautariste.

La partie requérante dans l'affaire n° 5204 allègue également que l'interdiction générale que contient la disposition attaquée met en cause le principe même des droits et libertés fondamentaux. Il est également soutenu que les raisons invoquées pour son adoption contredisent le texte de la loi.

**A.28.** D'après le Conseil des ministres, ici encore, les requêtes reposeraient sur une interprétation erronée de la loi dès lors que celle-ci ne vise pas que le port du voile intégral.

Il précise également que l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne traitent de l'interdiction de l'abus de droit. Or, cette question serait étrangère au présent cas. La référence à l'article 18 de la Convention serait également sans pertinence dès lors que, comme le confirme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette disposition n'a pas de rôle indépendant.

**A.29.** Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes reproduisent, ici encore, les considérations émises dans leur requête en indiquant que la loi crée en l'espèce des limitations à l'exercice de libertés individuelles qui dépassent ce qui est prévu par la Convention.

**A.30.** Quant au Conseil des ministres, il reproduit dans son mémoire en réplique les arguments de son mémoire consacré au moyen.

**A.31.** Un dernier moyen dans l'affaire n° 5204 et un cinquième moyen dans l'affaire n° 5289 sont pris de la violation de l'article 2 du Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme au motif que la loi attaquée limiterait de manière considérable la liberté de circulation dans l'espace public.

**A.32.** D'après le Conseil des ministres, ce moyen doit être rejeté au motif que la liberté de circulation n'est pas ici en cause. Il ajoute, pour le surplus, qu'il a déjà été démontré que les buts poursuivis par le législateur sont légitimes et que le législateur a veillé à respecter le principe de proportionnalité.

**A.33.** En réponse au mémoire du Conseil des ministres, les parties requérantes reproduisent, pour leur part, les arguments contenus dans leur requête.



**A.34.** Un sixième moyen dans l'affaire n° 5289 est pris de la violation de la liberté d'association consacrée par l'article 27 de la Constitution et par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

D'après la partie requérante, cette liberté serait menacée par le fait que la loi l'expose dans l'espace public à une surveillance généralisée et exige une identifiabilité permanente.

**A.35.** Le Conseil des ministres soutient que ce moyen manque de sérieux et repose sur une interprétation erronée de la loi attaquée. La loi ne limiterait en effet en rien la liberté d'association des citoyens dès lors qu'elle ne concerne que le port de certains vêtements ou accessoires masquant ou dissimulant en tout ou en partie le visage.

**A.36.** Dans son mémoire en réponse, la partie requérante n'ajoute pas d'argument complémentaire à sa requête.

#### *Quant aux interventions*

**A.37.1.** La commune d'Etterbeek, partie intervenante dans l'affaire n° 5191, commence par indiquer que le niqab est une étoffe complétée de voiles pour couvrir les cheveux et le visage où ne subsiste qu'une fente pour les yeux. Elle déclare que le port de ce vêtement par les femmes n'est pas une obligation religieuse mais plutôt une tradition sociale et culturelle. Elle précise également qu'aucune autorité belge n'impose à qui que ce soit le port de pareil vêtement et qu'il ne s'agit pas davantage d'une habitude socioculturelle communément partagée.

**A.37.2.** Quant au fond, après avoir exposé, à la lecture des travaux préparatoires de la loi attaquée, les motifs qui ont sous-tendu son adoption, la commune d'Etterbeek procède à un arbitrage entre divers droits et libertés individuels qui coexistent. Elle précise que le droit d'avoir, de ne pas avoir, d'adopter, de manifester, de partager une religion ou une conviction et d'en changer, suppose le plein exercice de choix personnels pouvant être inspirés, limités ou relativisés par l'aspiration, vécue par une même personne, à la jouissance d'autres libertés individuelles. Il incomberait aux autorités publiques de rechercher un équilibre entre, d'une part, la coexistence des individus et, d'autre part, le respect, pour chacun, de son cheminement personnel.

**A.37.3.** La partie intervenante fait valoir que l'article 563**bis** du Code pénal est une loi suffisamment prévisible au sens de l'article 9.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et poursuit l'un des buts légitimes énumérés par ladite disposition, à savoir la préservation de la sécurité publique.

**A.37.4.** Quant à la nécessité de la mesure, la partie intervenante rappelle que la loi a été adoptée par la Chambre des représentants par 129 votes favorables, 1 vote négatif et 2 abstentions. Elle ajoute qu'il y aurait un déséquilibre fondamental entre les usagers de l'espace public, ce qui peut engendrer un sentiment d'insécurité et d'infériorité pour les passants non dissimulés vis-à-vis de la personne qui circule dans l'espace public le visage dissimulé. Il est encore allégué que le recours à la loi présente l'avantage de se détacher des particularités locales pouvant entraîner des difficultés à l'égard du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi. Toutefois, les communes sont encore habilitées à prévoir, dans leurs règlements et ordonnances, une amende administrative d'un maximum de 250 euros en cas d'infraction à la disposition du Code pénal attaquée en l'espèce.

**A.37.5.** La partie intervenante relève que la loi incrimine tous ceux qui se présentent dans un lieu accessible au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables. S'il ne fait aucun doute que l'article 563**bis** nouveau du Code pénal prohibe le port dans les lieux accessibles au public, entre autres,

de la burqa ou du niqab, il ne vise en revanche pas le hijab, communément appelé voile islamique, dès lors que celui-ci couvre les cheveux et le cou mais non le visage.

**A.37.6.** La partie intervenante précise encore que l'article 563*bis* sanctionne celui qui n'est pas identifiable et non celui qui n'a pas été identifié. Il ne suffit donc pas que la personne dont le visage est dissimulé consente sans difficulté à un contrôle d'identité pour que l'infraction ne soit pas considérée comme établie. La partie intervenante insiste ainsi sur la circonstance qu'aucune personne ne peut s'arroger, à la faveur de sa liberté religieuse, le pouvoir de décider à quels moments et en fonction de quelles conditions elle accepterait de se découvrir dans l'espace public. En effet, l'appréciation des exigences de la sécurité publique devrait nécessairement être déléguée à l'autorité publique.

**A.37.7.** Quant à la notion de « lieux accessibles au public », le législateur aurait choisi de privilégier celle-ci par rapport à celle du seul espace public. Cette notion de lieu accessible au public est également utilisée à l'article 444 du Code pénal. Après avoir défini ce qui, à son estime, doit rentrer dans cette notion, la commune d'Etterbeek précise que l'article 563*bis* nouveau du Code pénal ne s'applique pas, par référence aux articles 479 et 480 du Code pénal, aux domiciles privés, résidences particulières, maisons, bâtiments, appartements, logements, loges, cabanes ou autres lieux privés servant à l'habitation ni aux dépendances d'une maison habitée, aux cours, aux basses cours, aux jardins et tous autres terrains clos ainsi qu'aux granges, écuries et tous autres édifices qui y sont enfermés, fussent-ils visibles depuis la voie publique.

**A.37.8.** Enfin, la première partie intervenante précise qu'il ne peut y avoir de condamnation pénale en présence d'une disposition légale ou réglementaire qui autoriserait, dans une situation ou une circonstance déterminée, la dissimulation, en tout ou en partie, du visage. Sont plus particulièrement visées, les manifestations festives telles que les carnivals, les fêtes d'halloween, les processions, les apparitions publiques de Saint-Nicolas ou du Père Noël, les courses de motos ou tout autre événement festif. Il s'agirait de se référer aux conditions des législations et réglementations particulières pour déterminer dans quelles circonstances précises le visage peut être masqué ou dissimulé dans les lieux accessibles au public.

**A.38.1.** En ce qui concerne les arguments développés par les parties requérantes dans leur mémoire quant à l'identifiabilité des personnes, la partie intervenante ajoute que l'identification potentielle dont il est question dans la loi ne doit pas être confondue avec le contrôle d'identité organisé par l'article 34, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Ce dernier établit le contexte dans lequel les vérifications d'identité doivent être effectuées tandis que la loi en cause tend plus largement à entourer d'une commodité suffisamment claire la libre circulation des personnes dans les lieux accessibles au public. La partie intervenante précise, à ce sujet, que les communes peuvent prévoir, dans leurs règlements communaux, une amende administrative de 250 euros en cas d'infraction à la disposition pénale contestée.

**A.38.2.** Quant au caractère suffisamment précis de la loi, la commune d'Etterbeek explique chacun des termes qui y sont employés afin de démontrer que celle-ci est suffisamment claire et n'envisage pas que la seule burqa et le niqab mais tout vêtement qui dissimule totalement ou partiellement le visage et empêche la personne d'être identifiable.

La partie intervenante examine ensuite la notion de « lieux accessibles au public », se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation, et ajoute, enfin, que la disposition contestée permet des dérogations dans certaines circonstances.

Elle conclut que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, les reproches adressés à la loi par les parties requérantes ne sont nullement justifiés.

**A.39.** Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres prend acte de ce que la commune d'Etterbeek soutient et démontre que les moyens d'annulation soulevés par les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 ne sont pas fondés.

**A.40.1.** Dans son mémoire en intervention, l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », après avoir cité plusieurs extraits des travaux préparatoires de la loi attaquée, souligne les motifs qui ont justifié son adoption.

**A.40.2.** Quant au fond, l'association indique qu'elle se rallie au recours des parties requérantes et fait siens les moyens qui ont été développés par elles et qui sont considérés comme intégralement repris dans son mémoire.

Dans un premier temps, l'association soutient que la loi attaquée viole la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Après avoir exposé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, la partie intervenante conteste la conception de ladite Cour dans la mesure où cette dernière ne s'estime pas compétente pour mettre en question les motifs d'un certain choix politique d'un Etat. A son estime, indépendamment de la question de savoir si une limitation à la liberté de religion est pertinente et proportionnée, un Etat doit en effet démontrer concrètement que le prétendu but peut effectivement être le but visé. Si un certain seuil de pertinence n'est pas dépassé ou s'il n'y a pas d'éléments qui permettent de dire qu'un des intérêts à protéger, tel l'ordre public, est réellement menacé, alors le but légitime devient inexistant.

D'après l'association, l'obligation de neutralité et d'impartialité de l'Etat est inconciliable avec une quelconque marge d'appréciation dont il disposerait en ce qui concerne la légitimité des convictions religieuses ou des modes d'expression de celles-ci. Si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation en ce qui concerne la portée et les modalités de réglementations relatives au port de signes distinctifs philosophiques, il appartient à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier si les mesures des Etats sont justifiées et proportionnées. Trois exigences devraient à cet égard être contrôlées : le caractère pertinent de la limitation, le choix de la mesure qui affecte le moins la liberté en cause et la proportionnalité de la mesure. Dans ce cadre, le contexte concret de l'Etat semble déterminant pour l'appréciation que fait la Cour de la nécessité de la mesure.

Après avoir cité plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'association intervenante précise que la jurisprudence de ladite Cour a fait l'objet d'une forte critique notamment de la juge belge Tulkens qui, dans une opinion dissidente, aurait mis en question la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Pour la juge, il serait en effet fondamental que dans une telle société, des valeurs comme le sécularisme, l'égalité et la liberté soient conciliables plutôt que de les confronter. L'association intervenante se rallie à cette critique et en ajoute d'autres. Elle estime ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme admet trop facilement que le prétendu but légitime doit être réellement poursuivi. L'association estime également qu'il ne revient pas à une autorité publique de juger à des niveaux politiques et idéologiques une prescription en matière de vêtement dictée par une conviction religieuse. L'association regrette que la Cour, à cet égard, ne vérifie pas dans sa jurisprudence relative à l'interdiction du port du foulard si des alternatives à une telle interdiction n'offrent pas une garantie égale de protection de la démocratie ou si l'Etat ne dispose pas d'autres armes pour lutter contre l'effet prosélytique prétendu et manifestement non désiré du port du foulard.

L'ASBL « Liga voor Mensenrechten » analyse ensuite la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la liberté d'exprimer sa religion de même que la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'interdiction du port du foulard. Elle déduit tout d'abord de

l'application des principes qui s'en dégagent que la loi attaquée viole la liberté d'expression.

**A.40.3.** Après avoir analysé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat relative à la liberté d'expression, l'association intervenante indique, en ce qui concerne la loi attaquée, que le rapport qui a précédé son adoption prouverait que l'interdiction du foulard islamique vise le type de la burqa. Or, le port d'un vêtement qui dissimule le visage serait fréquent en dehors d'une certaine tendance du culte islamique lors d'événements et de manifestations à caractère artistique, philosophique ou encore politique.

Quant au caractère philosophique, il est soutenu que le culte catholique connaît traditionnellement le port du voile lors de mariages et d'enterrements, de même que dans un grand nombre de processions et de cortèges. Quant aux manifestations à caractère politique, il est indiqué que l'utilisation de déguisements et masques relève d'usages constants lors de représentations théâtrales ou autres. Enfin, relativement au caractère politique de la manifestation, l'utilisation de déguisements ou masques constituerait un moyen visuel puissant pour transmettre le message des manifestants ou dénoncer certaines situations qu'ils estiment intolérables.

Le port de tous ces vêtements serait donc interdit du fait de l'application de la loi, ce qui constituerait une limitation à la liberté de pensée, de conscience et de religion ainsi qu'à la liberté d'expression, sans que la loi ne poursuive un but légitime.

Il ressortirait, en effet, des travaux préparatoires de la loi que celle-ci vise en réalité uniquement à interdire le port d'une burqa par des musulmanes. Il n'y aurait dès lors aucun lien de nécessité ou de proportionnalité entre la mesure et l'objectif visé.

**A.40.4.** Il est encore soutenu que la disposition attaquée ne répond pas à un besoin social impérieux. Ainsi, dans le contexte belge, il ne serait pas question de laïcité, telle que celle-ci est connue en France. La Belgique connaît une tradition constitutionnelle de pluralisme actif où coexistent de manière visible les différentes conceptions philosophiques. L'article 24 de la Constitution, qui consacre la neutralité de l'enseignement, en serait une confirmation.

L'ingérence en cause ne pourrait non plus être justifiée pour préserver l'ordre public. Aucun motif de sécurité publique ne requerrait, en effet, une reconnaissance permanente. Ainsi, l'article 34, § 1er, de la loi sur la fonction de police permet aux fonctionnaires de police de contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs de croire que celle-ci pourrait troubler ou qu'elle a troublé l'ordre public. L'association intervenante renvoie également aux articles 51 à 53 du Code pénal. Il découlerait de l'ensemble de ces dispositions que si le port d'un vêtement qui dissimule le visage constituait un commencement d'exécution d'une infraction, il y aurait tentative punissable et il pourrait être procédé à des recherches, à des poursuites et à des sanctions. L'association intervenante souligne encore que la loi attaquée néglige d'autres manières de se soustraire à une identification et à une reconnaissance, où le visage n'est pas dissimulé, comme un déguisement. La non-applicabilité de la disposition en cause, lorsqu'un règlement de police est pris dans le cadre d'activités festives, prouverait encore que l'ordre public est un motif fallacieux.

Quant à l'objectif de sécurité juridique, l'association intervenante soutient que celui-ci semble être plutôt la conséquence de l'intervention des communes dans les limites de leur autonomie. Il ne pourrait leur être reproché à cet égard d'agir de manière différente. Les différences entre les communes seraient au contraire de nature à démontrer qu'elles ne sont pas toutes convaincues de l'opportunité ou même de la légalité d'une interdiction de vêtements dissimulant le visage. En outre, la même sécurité juridique aurait pu être obtenue en excluant une interdiction communale de vêtements dissimulant le visage.

**A.40.5.** L'association intervenante insiste encore sur le fait que les auteurs de la proposition de loi ont mis l'accent sur les griefs de principe contre le port de la burqa. D'après la partie intervenante, même s'il devait être admis que celle-ci doive être considérée comme l'extériorisation de l'exclusion de la femme de la société, elle ne voit pas comment de telles considérations pourraient justifier l'interdiction instaurée.

L'association relève encore que dans l'interprétation politico-idéologique que fait le législateur de la burqa, celle-ci serait le symbole de l'oppression de la femme. Or, il est relevé que cette oppression n'est pas sanctionnée. Tout au plus en cas de contrainte, la porteuse de la burqa peut-elle se prévaloir de la cause de justification de l'article 71 du Code pénal. La loi contestée ne comporte aucune sanction vis-à-vis de ceux qui obligent la porteuse de la burqa à la porter, de sorte que la loi attaquée manque son prétendu objectif.

**A.40.6.** Cette loi serait encore disproportionnée par rapport au but poursuivi. L'association commence par constater à cet égard qu'il est imposé une interdiction de se rendre méconnaissable, même partiellement, sans aucune audition des personnes intéressées et uniquement sur la base d'un nombre de lieux communs sur la prétendue signification politico-idéologique de la burqa. La référence aux travaux préparatoires de la loi française serait à cet égard inutile dès lors que la structure de l'Etat français se caractérise par le principe de laïcité qui est inconnu dans la tradition constitutionnelle belge. La loi attaquée serait également disproportionnée du fait de son caractère général, permanent et non orienté mais également du fait du choix du législateur de réprimer au pénal l'infraction.

**A.40.7.** L'association intervenante soutient encore que la loi attaquée viole la liberté de la personne consacrée par l'article 12 de la Constitution.

Après avoir cité plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle consacrés à cette liberté, l'association soutient que la loi attaquée constitue une ingérence injustifiée et disproportionnée dans le droit au libre port d'un vêtement en tant qu'aspect de la liberté individuelle.

**A.40.8.** D'après l'association intervenante, la loi attaquée violerait encore le principe de la légalité en matière pénale. Après avoir cité plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation, l'association intervenante indique que les termes « le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie » n'ont pas de contenu normatif suffisamment précis pour pouvoir définir une infraction. Il en serait de même pour les termes « de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables ». Il faudrait admettre que d'autres formes de tenues que celle de la burqa, qui seraient de nature à compromettre la reconnaissabilité de la personne, seraient également interdites. Il en serait ainsi de toutes sortes d'accessoires de mode ou du port de perruques. Le juge serait livré à lui-même, sans le moindre critère pour délimiter l'applicabilité de la loi.

**A.40.9.** L'ASBL « Liga voor Mensenrechten » conclut son mémoire par quelques faits à prendre en considération. Elle insiste ainsi sur la circonstance que la loi attaquée trouverait incontestablement son origine dans le port de la burqa en Belgique, témoignant d'une tension accrue au sein de la société à l'égard de l'extériorisation de certaines convictions religieuses à l'aide du port d'un vêtement. L'association précise encore que le rapport entre l'Eglise et l'Etat est un difficile exercice d'équilibre, non seulement sur le plan du contenu à donner à la neutralité dont doit témoigner l'autorité publique mais aussi sur le plan des rapports mutuels entre les citoyens et des groupes de notre société. Si la liberté de religion peut connaître certaines limites, il faut avoir égard au fait que le contenu à donner à cette liberté est évolutif et que le législateur peut tenir compte des changements survenus en matière de mœurs et de coutumes ainsi que des

évolutions du vécu religieux qui impliqueraient une menace pour les droits fondamentaux. La liberté de religion serait totalement vidée de sa substance d'après l'intervenante si une limitation était autorisée parce que la simple extériorisation d'une conviction religieuse choque, inquiète ou blesse l'Etat ou un groupe déterminé de la population.

L'association insiste enfin sur le fait que ce n'est pas seulement dans le cadre du vécu religieux ou d'une expression que le droit au libre port d'un vêtement peut être exercé ou protégé et qu'il ne constitue dès lors pas un privilège des partisans d'une conviction religieuse.

**A.41.1.** Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres indique, quant à la recevabilité de l'intervention, que l'association n'a pas joint une copie de la décision du conseil d'administration d'introduire une requête en intervention ni la preuve de la publication de ses statuts au *Moniteur belge*.

**A.41.2.** Sur le fond, le Conseil des ministres soutient que les arguments de l'association ne diffèrent pas de ceux de la partie requérante dans l'affaire n° 5191. Il ajoute que c'est bien en vain que l'association tente de discréditer la loi en citant des exemples de port de masques ou de voiles lors de cérémonies catholiques ou par des acteurs lors de représentations théâtrales. Ces exemples ne seraient qu'anecdotiques et il ne serait pas démontré que ce type de vêtements cache ou dissimule le visage. Le Conseil des ministres relève encore que la disposition en cause prévoit des exceptions, notamment pour des hypothèses où une ordonnance de police autorise le port d'un masque ou d'un voile à l'occasion d'une manifestation festive. Le port de ce type de vêtements est en revanche interdit lorsqu'il s'agit de manifestations politiques.

D'après le Conseil des ministres, il serait sans pertinence d'invoquer la laïcité de l'Etat. Cet argument n'a d'ailleurs pas été avancé dans les travaux préparatoires de la loi.

Pour le reste, le Conseil des ministres renvoie à son mémoire dans l'affaire n° 5191.

**A.42.1.** Dans son mémoire en intervention dans l'affaire n° 5244, l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » prend un moyen unique de la violation, par la disposition attaquée, de l'article 12 de la Constitution lu à la lumière des articles 5 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, des articles 9 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que des articles 9 et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A l'estime de l'association, la loi en cause porterait atteinte par nature et par essence au principe de subsidiarité du droit pénal et, partant, à la liberté individuelle.

**A.42.2.** A titre préliminaire, l'association intervenante rappelle la nature des principes généraux de droit. Elle précise que la Cour a intégré ces principes parmi les normes de contrôle à l'aune desquelles elle évalue la constitutionnalité des normes législatives qui lui sont soumises, à la condition que le moyen démontre que la violation du principe en cause révèle celle d'une norme pour le respect de laquelle la Cour est compétente.

**A.42.3.** L'association intervenante précise ensuite que, compte tenu de la nature pénale de la norme visée par le mémoire qu'elle a introduit, une attention spécifique doit être portée aux principes généraux de droit pénal. Ceux-ci ont également été reconnus comme faisant partie des normes de contrôle de la Cour dès l'instant où une disposition dont le respect relève de sa compétence peut illustrer l'importance du principe invoqué.

**A.42.4.** Dans un deuxième temps, l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » expose le contenu du principe général de subsidiarité du droit pénal selon lequel, lorsqu'une disposition non pénale permet d'atteindre l'objectif poursuivi par l'adoption de la mesure, le recours au droit pénal est interdit. Ce principe de subsidiarité serait intrinsèquement lié

aux droits fondamentaux et libertés individuelles dès l'instant où l'objet même du droit pénal est d'y porter atteinte. Cette observation expliquerait que le principe général de subsidiarité du droit pénal soit implicitement mais certainement au coeur de normes constitutionnelles et conventionnelles qui encadrent la possibilité d'utiliser l'outil pénal. Ainsi, le principe de subsidiarité serait illustré par le principe de la légalité des incriminations consacré par l'article 12 de la Constitution, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Deux autres règles découleraient du principe de légalité : celle de l'interprétation stricte du droit pénal, d'une part, celle de la non-rétroactivité des incriminations, d'autre part.

L'association intervenante ajoute que le principe général de subsidiarité du droit pénal est lié à celui de la nécessité tant en ce qui concerne le choix des incriminations que celui des peines.

Le principe de subsidiarité implique également celui de la proportionnalité. Ainsi convient-il de s'interroger sur le fait de savoir si l'incrimination et la peine encourue sont en adéquation avec la gravité du comportement qu'elles visent à sanctionner.

**A.42.5.** L'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » présente ensuite les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que de plusieurs juridictions constitutionnelles, dont la Cour, qui auraient reconnu ne serait-ce qu'en germe l'existence du principe général de subsidiarité du droit pénal.

Concernant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est soutenu que le premier critère qui serait pris en compte par la Cour et qui rendrait possible l'incrimination d'un comportement viserait la gravité que présente celui-ci et le danger qu'il fait planer sur la sécurité publique. Un tel critère serait manifestement absent dans le cadre de la disposition attaquée.

Deux autres critères devraient également être rencontrés, en l'occurrence la qualité de la victime, d'une part, et la qualité de l'auteur, d'autre part.

L'association intervenante conclut à l'égard de ces trois critères que l'article 563*bis* du Code pénal en cause viole le principe général du droit de la subsidiarité du droit pénal tel qu'il est consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où il vise un comportement qui ne met pas intentionnellement en péril l'intégrité physique d'autrui et qui émane d'une personne privée qui ne crée aucune victime qui devrait être protégée.

**A.42.6.** L'association cite ensuite plusieurs décisions de juridictions constitutionnelles qui permettraient de déduire l'existence d'un mouvement aboutissant à faire du droit pénal une arme de dernier ressort dont les usages en termes de criminalisation primaire sont soigneusement encadrés. La jurisprudence de la Cour s'inscrirait dans cette perspective. L'arrêt n° 157/2004 est cité à l'appui de cette thèse.

Il est allégué qu'en l'état, la nouvelle incrimination établie par l'article 563*bis* du Code pénal contesté est insuffisamment précisée pour satisfaire à l'exigence du principe de subsidiarité du droit pénal. Les notions matérielles de lieux accessibles au public ou de dissimulation partielle du visage seraient à ce point vagues qu'elles ne permettraient à aucun justiciable d'envisager sa conduite conformément à la loi.

En ce qui concerne plus particulièrement la disposition attaquée, l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » soutient que, sous couvert d'adopter une loi générique sur la dissimulation du visage, était clairement visée la pratique plus spécifique de certaines

femmes de confession musulmane. Or, la pénalisation de ce type de comportement aurait fait l'objet de critiques récurrentes de la part d'autorités majeures qui, bien que ne liant pas la Belgique, devraient guider son appréciation. Il est ainsi fait état de la résolution 1743 intitulée « Islam, islamisme et islamophobie en Europe » et à la recommandation 1920 que l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adoptées le 23 juin 2010. Ces textes reposeraient sur deux arguments essentiels. D'une part, en raison de sa dimension stigmatisante, le droit pénal ne serait pas l'outil adéquat pour participer au respect de la dignité des personnes. D'autre part, il existerait inévitablement des procédés, voire même des interdits, qui ne présentent pas cet écueil de stigmatisation et qui sembleraient dès lors plus indiqués.

A l'argument qui pourrait être rétorqué de la faiblesse des sanctions encourues, il est répondu qu'en cas de récidive, l'emprisonnement prévu pourrait dépasser les douze jours. A la peine prononcée voire effectivement accomplie s'ajouterait la stigmatisation produite par l'existence d'un casier judiciaire. L'existence d'un tel casier pourrait participer à la relégation sociale et économique des femmes qui souhaiteraient s'engager sur le marché du travail et se verraient réclamer un extrait de casier judiciaire vierge par un employeur potentiel. Il existerait donc un *hiatus* entre l'objectif poursuivi et l'effet concret qu'engendrerait l'application de la loi.

L'association intervenante relève que d'autres instruments existent, qui permettent d'atteindre efficacement l'objectif poursuivi, tels que des règlements destinés à sanctionner administrativement la dissimulation totale ou partielle du visage.

**A.42.7.** A titre subsidiaire, l'association intervenante relève que le principe général de subsidiarité du droit pénal s'accompagne, au niveau de la fixation de la peine, d'un principe de subsidiarité en droit pénal qui commande que parmi le choix des peines possibles, le législateur ne prévoie que celle qui est proportionnée à la gravité du comportement. Or, manifestement, la sanction prévue par la disposition attaquée serait hors de toute proportion. Concernant ce principe, il ressortirait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que celle-ci appelle les autorités des Etats parties à faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale. D'après l'association intervenante, l'acharnement répressif et l'application d'une peine disproportionnée aux faits poursuivis pourraient constituer un traitement inhumain ou dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est d'ailleurs sur la base de cet article 3 que la Cour de cassation s'estimerait compétente pour vérifier le respect du principe de proportionnalité des sanctions infligées par les organes disciplinaires des ordres professionnels. L'association intervenante relève que le principe de subsidiarité en droit pénal a également fait l'objet d'une jurisprudence importante de la Cour de justice de l'Union européenne à laquelle la Cour s'est d'ailleurs référée dans l'arrêt n° 81/2007.

L'association conclut en indiquant que le fait de dissimuler le visage sans qu'aucune infraction n'ait été commise ne justifie aucune peine de prison aussi faible soit-elle. En prévoyant une telle peine, le législateur aurait outrepassé la marge d'appréciation qui lui revient et aurait violé, partant, le principe général de droit de la subsidiarité en droit pénal.

**A.43.1.** Le Conseil des ministres répond que si la partie intervenante plaide manifestement en faveur de la reconnaissance d'un principe de subsidiarité du droit pénal, elle n'en démontre pas l'existence en droit positif. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités seraient irrelevants à cet égard.

A l'estime du Conseil des ministres, la création par la Cour d'un tel principe ne serait pas nécessaire et serait source d'insécurité juridique. Le principe de la légalité des infractions et des peines serait suffisant, et surtout les exigences de nécessité et de proportionnalité de la sanction pénale. Reconnaître un principe de subsidiarité obligerait le législateur à



chaque fois qu'il intervient à démontrer qu'aucune autre mesure ne permettrait d'atteindre l'objectif fixé et le priverait d'un pouvoir d'appréciation qui lui appartient.

**A.43.2.** Le Conseil des ministres ajoute que s'il fallait reconnaître l'existence d'un tel principe, celui-ci est respecté en l'espèce dans la mesure où le législateur a organisé un système de répression alternative. La seule sanction administrative ne permettrait pas de contrer des manoeuvres de provocation, le Conseil des ministres songeant aux cas où l'amende serait payée par des personnes fortunées à grand renfort de publicité.

**A.43.3.** Il est encore indiqué que s'agissant du cas des femmes qui portent le voile intégral pour des raisons religieuses, la loi en cause constitue un début et non une fin, d'autres mesures devant être envisagées en vue de l'émancipation de ces femmes.

- B -

**B.1.** Les parties requérantes demandent l'annulation de la loi du 1er juin 2011 « visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage ».

Cette loi dispose :

« Article 1er. La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Art. 2. Dans le Code pénal, il est inséré un article 563*bis* rédigé comme suit :

' Art. 563*bis*. Seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables.

Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa 1er, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives. '

Art. 3. A l'article 119*bis* de la Nouvelle Loi communale, inséré par la loi du 13 mai 1999 et modifié par les lois des 7 mai 2004, 17 juin 2004, 20 juillet 2005, 15 mai 2006, 25 janvier 2007 et 15 mai 2007, les modifications suivantes sont apportées :

1. dans le § 2, alinéa 3, les mots ' ou 563, 2° et 3° ', sont remplacés par les mots ' 563, 2° et 3°, et 563*bis* ';

2. dans le § 7, 1°, les mots ' ou 563, 2° et 3° ' sont remplacés par les mots ' 563, 2° et 3°, et 563*bis* ';

3. dans le § 8, alinéa 2, les mots ' et 563, 2° et 3° ' sont remplacés par les mots ' 563, 2° et 3°, et 563*bis* ' ».

*Quant à la recevabilité du recours dans les affaires nos 5204 et 5289*

**B.2.1.** Le Conseil des ministres soutient que l'intérêt à agir des parties requérantes dans les affaires nos 5204 et 5289 se confond avec l'intérêt populaire.

**B.2.2.1.** La partie requérante dans l'affaire n° 5204 est une femme de nationalité belge, qui vit en Belgique et se dit athée. Elle estime disposer d'un intérêt personnel à agir au motif que la préservation des droits fondamentaux dans notre société la concernerait directement.

La loi attaquée affecterait ainsi sa liberté de se vêtir, de s'exprimer librement sur le plan vestimentaire et de circuler librement sur la voie publique.

La partie requérante prétend également que l'exigence d'identifiabilité à tout moment et en tout lieu dans l'espace public l'atteindrait dans l'exercice de plusieurs de ses droits fondamentaux. Le manque de précision de ce terme impliquerait également qu'elle pourrait être verbalisée à tout moment dans l'espace public.

Enfin, elle soutient que c'est tout l'édifice de la protection des droits fondamentaux qui serait en danger et plus particulièrement la liberté religieuse, ce qui la concernerait directement dès lors qu'il s'agit d'un « patrimoine commun ».

**B.2.2.2.** Le requérant dans l'affaire n° 5289 précise qu'il est de nationalité belge, vit en Belgique, ne porte pas le voile intégral et n'est pas de confession musulmane.

A son estime, en exigeant que chaque citoyen soit identifiable en permanence dans l'espace accessible au public, la loi introduirait une nouvelle obligation d'« identifiabilité » qui pourrait l'exposer à des sanctions pénales si, pour des motifs tout à fait légitimes, il venait à porter un vêtement qui dissimule son visage tel que des lunettes, un chapeau, une casquette ou une cagoule. L'imprécision de la loi rendrait encore plus difficile la possibilité pour le requérant d'ajuster son comportement pour se conformer à celle-ci.

La loi porterait ainsi atteinte à sa liberté de se vêtir, à sa vie privée, à sa liberté de s'exprimer sur le plan vestimentaire, de circuler sur la voie publique et de s'associer, sans surveillance des pouvoirs publics.

**B.2.3.** L'article 142 de la Constitution et l'article 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle imposent à toute personne physique qui introduit un recours en annulation de justifier d'un intérêt. Ne justifient de l'intérêt requis que les personnes dont la situation pourrait être affectée directement et défavorablement par la norme attaquée. Il s'ensuit que l'action populaire n'est pas admissible.

**B.2.4.** Une loi qui prévoit une peine privative de liberté touche à un aspect à ce point essentiel de la liberté du citoyen qu'elle n'intéresse pas que les seules personnes qui font ou ont fait l'objet d'une procédure répressive. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les éléments allégués par les requérants comme étant spécifiques à leur situation personnelle.

**B.3.** Les recours sont, partant, recevables.

### *Quant aux origines de la loi et à ses objectifs*

**B.4.1.** Comme le précisent les développements de la proposition de loi qui a mené à l'adoption de la loi attaquée, celle-ci entendait reprendre le texte du projet adopté en séance plénière par la Chambre des représentants sous la précédente législature (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 2010, DOC 53-0219/001, p. 3).

**B.4.2.** Les auteurs de la proposition entendaient souscrire à un modèle de société faisant prévaloir l'individu sur ses attaches culturelles, philosophiques ou religieuses. C'est ainsi qu'ils préconisaient d'interdire le port, dans l'espace public, de tout vêtement dissimulant totalement ou de manière principale le visage, insistant sur le fait que cette interdiction ne reposait pas seulement sur des considérations d'ordre public mais plus fondamentalement sur des considérations sociales, indispensables à l'estime des auteurs de la proposition, au « vivre ensemble » dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et de chacun (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/001, p. 5, et *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 2010, DOC 53-0219/001, p. 5).

En ce qui concerne l'objectif de sécurité publique et juridique, on peut lire ce qui suit :

« Dans la mesure où chaque personne circulant sur la voie publique ou dans les lieux publics doit être identifiable, le port de vêtement masquant totalement le visage pose d'évidents problèmes quant à la sécurité publique. Pour interdire ce type de comportements, de nombreuses communes se sont dotées de règlements en vue d'interdire le port de tels vêtements, tout en permettant d'y déroger à l'occasion d'événements spécifiques. Toutefois, force est de constater que, dans une même ville, certaines communes ne prescrivent pas pareilles interdictions. Cette différenciation des régimes entraîne une forme d'insécurité juridique intenable pour les citoyens ainsi que pour les autorités chargées de sanctionner ce type de comportement.

Les auteurs estiment donc qu'il est souhaitable que cette question soit réglée au niveau fédéral de manière à ce que la même règle s'applique à l'ensemble du territoire » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/001, pp. 5-6, et *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 2010, DOC 53-0219/001, pp. 5-6).

Quant au « vivre ensemble », les auteurs de la proposition ont justifié leur position comme suit :

« Au-delà de cet aspect purement sécuritaire, les vêtements cachant totalement ou de manière principale le visage, nous interpellent également au niveau de leur principe. Fondamentalement, tout comme Levinas, nous estimons que c'est par le visage que se manifeste notre humanité.

Elisabeth Badinter a posé, dans le cadre de son audition au sein de la mission d'information sur la burqa, instituée à l'Assemblée nationale française, une analyse pertinente sur le problème de socialisation que pose ce type de vêtement.

Bien qu'elle se soit exprimée sur la problématique particulière de la burqa ou du niqab, nous estimons que cette analyse porte un message plus universel encore et peut s'appliquer de manière plus générale à tout ce qui vise à dissimuler l'humanité présente en chacun de nous. [...]

Dans une société où nous postulons comme préalable indispensable au mieux vivre ensemble, une rencontre entre tous et l'élaboration d'un pacte citoyen commun, permettant de représenter la société dans sa composition nouvelle, nous affirmons ne pouvoir renoncer au principe du 'Reconnaître pour connaître' » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52- 2289/001, pp. 6-7, et *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 2010, DOC 53-0219/001, pp. 6-7).

**B.4.3.** Un débat avait déjà été mené en commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique de la Chambre des représentants sous la précédente législature. Outre les objectifs précités, nombreux sont les parlementaires qui ont également exprimé le souci de préserver le principe d'égalité entre les hommes et les femmes. Le port d'un vêtement couvrant complètement le visage était ainsi perçu comme « une régression choquante au regard des femmes pour leurs droits, leurs libertés et l'égalité des hommes et des femmes » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/005, p. 7), « une atteinte aux droits fondamentaux de la femme », « un symbole de soumission » (*ibid.*, pp. 10-11), ou encore une violation de sa dignité (*ibid.*, pp. 15, 27 et 30).

**B.4.4.** Ces préoccupations ont été rappelées lors des discussions qui se sont tenues au sein de la même commission une année plus tard, de même qu'à l'occasion du débat en assemblée plénière de la Chambre des représentants.

L'objectif sécuritaire a à nouveau été avancé, le législateur estimant « tout à fait inacceptable que quelqu'un ne puisse être identifié dans l'espace public » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, pp. 10 et 13; *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, CRIV 53 PLEN 030, pp. 54, 68, 71).

La protection de la liberté et de la dignité de la femme a encore été évoquée (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, pp. 9, 10 et 12; *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, CRIV 53 PLEN 030, pp. 54, 56 à 59, 66 et 68).

Enfin, la dimension du vivre ensemble a également été soulignée à plusieurs reprises. On peut lire, à ce sujet, dans le rapport fait au nom de la commission de l'Intérieur :

« Il est essentiel que l'on puisse continuer dans la construction d'une société démocratique par le dialogue et la rencontre. Quelqu'un dont seuls les yeux sont visibles ne permet pas une dynamique démocratique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, p. 10).

**B.4.5.** De plus longs développements y ont été consacrés en assemblée plénière, plusieurs parlementaires évoquant le rôle déterminant que joue le visage dans le contact social comme premier élément du dialogue et du respect de l'identité (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, CRIV 53 PLEN 030, pp. 54, 56).

L'un des auteurs de la proposition déclarait :

« On ne peut nier cet aspect sécuritaire et protectionnel. Toutefois, au-delà, il y a une raison encore plus fondamentale : le fait que nous sommes en charge, me semble-t-il, en tant que parlementaires, en tant que pouvoir législatif, de la protection et de la préservation de l'espace public pour ce qu'il représente en tant qu'espace de liberté. Cette préservation de l'espace public me paraît être un devoir essentiel. Or l'espace public est en danger lorsque la liberté qui s'y exerce menace sa survie elle-même. Il n'y a pas de liberté sans limite, nous le savons ! D'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément que lorsqu'elle défend la liberté de culte ou la liberté d'aller et de venir, il y ait des possibilités de restriction à ces libertés; en effet, la liberté individuelle se heurte toujours plus ou moins à un certain moment à la liberté d'autrui.

Je pense que le corps même de cette proposition nous indique bien la nécessité de défendre le principe de reconnaissance qui est indissociable du droit. S'il n'y a plus de reconnaissance mutuelle ou de reconnaissance réciproque, il n'y a plus aucun fondement au droit. Que fait le droit sinon régir les relations entre individus ? Si ces individus ne savent plus se reconnaître, s'il n'y a plus de relation possible entre ces individus, il n'y a plus matière à régir les relations entre ces personnes. Donc, la reconnaissance mutuelle est un principe essentiel qui fonde le droit; je dirais même qu'il est antérieur au droit. De ce fait, tout ce qui porte atteinte à cette possibilité de reconnaissance mutuelle doit être combattu » (*ibid.*, p. 60).

**B.4.6.** Quant aux destinataires de la loi, un membre de la commission insistait sur le fait que s'il était clairement fait allusion à la burqa, cela pouvait également concerner toute personne qui a le visage dissimulé en tout ou en partie par une cagoule, une écharpe ou un casque (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, p. 9).

Un autre commissaire déclarait encore que sur le plan juridique, à la suite des observations émises, il convenait de rappeler que par rapport à quelqu'un qui porte un casque comme un motocycliste, un pompier, un soudeur, toutes les situations n'étaient évidemment pas visées par la proposition de loi. Par contre, un motocycliste qui entrait casqué dans un magasin et ne pouvait être reconnu, rentrait dans le cadre juridique visé (*ibid.*, p. 20).

Un amendement qui tendait à remplacer l'intitulé de la loi en vue d'interdire explicitement le port de la burqa ou du niqab (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/003, p. 1) a été rejeté lors du vote en commission (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, p. 23).

*Quant au fond*

**B.5.** Le premier moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 est pris de la violation des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire n° 5289, le premier moyen est également pris de la violation de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il est soutenu, dans une première branche du moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ainsi que dans une deuxième branche du moyen dans l'affaire n° 5289, qu'en prévoyant une sanction pénale lorsque la personne concernée a le visage dissimulé en manière telle qu'elle n'est pas identifiable, la loi est rédigée de manière si vague qu'il est impossible ou en tout cas difficile de savoir ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Dans une première branche du moyen dans l'affaire n° 5289, la partie requérante soutient que par sa généralité, la loi reste en défaut de déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par « identifiabilité », par qui l'identification doit être faite et pour quels motifs.

Dans une deuxième branche du moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ainsi que dans une troisième branche du même moyen dans l'affaire n° 5289, les parties requérantes prétendent que la notion de « lieux accessibles au public » ne permet pas, notamment pour des femmes qui portent le voile intégral, de prévoir avec suffisamment de précision quand elles sont ou non en infraction, vu l'absence de définition de cette notion.

#### **B.6. Les articles 12 et 14 de la Constitution disposent :**

« Art. 12. La liberté individuelle est garantie.

Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

« Art. 14. Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Enfin, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« 1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

**B.7.** En attribuant au pouvoir législatif la compétence de déterminer dans quels cas et sous quelle forme des poursuites pénales sont possibles, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

En outre, le principe de légalité en matière pénale procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation.

Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. Ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, de déterminer si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale.

**B.8.1.** En ce qui concerne le terme « identifiable », le Conseil des ministres précise dans son mémoire qu'il y a lieu de l'entendre dans son sens usuel comme « pouvant être reconnu ». Rien dans les travaux préparatoires ne fait apparaître qu'il y aurait lieu d'accorder une autre signification à cette notion que celle qui lui est conférée par le langage courant et le sens commun. Cette notion est suffisamment explicite pour que le justiciable soit raisonnablement capable de déterminer sa portée.

**B.8.2.1.** Quant à la notion de « lieux accessibles au public », celle-ci n'était pas prévue par la proposition initiale déposée à la Chambre sous l'ancienne législature. Cette proposition renvoyait en effet à la notion « d'espace public » ainsi définie :

« Pour l'application du présent article, on entend par ' espace public ' :  
la voie publique, en ce compris les accotements et les trottoirs, les passages aériens et souterrains pour piétons, les chemins et servitudes de passage, les

parcs, les jardins publics ainsi que les terrains de sports, plaines et aires de jeu, les bâtiments à vocation culturelle accessibles au public et bâtiments ou lieux fermés destinés à l'usage du public où des services peuvent lui être rendus » (*Doc. parl., Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/001, p. 8*).

La notion d'espace public et la définition qui en était ainsi donnée ont été abandonnées dans la proposition déposée lors de la législature qui a suivi, au profit de celle de « lieux accessibles au public » (*Doc. parl., Chambre, S.E. 2010, DOC 53-0219/001, p. 8*).

**B.8.2.2.** Bien que cette notion n'ait pas été définie explicitement, il ne peut être soutenu que celle-ci ne répondrait pas à la condition de prévisibilité de la loi pénale.

Dans un arrêt du 16 mars 1842, la Cour de cassation a défini « le lieu public » comme suit :

« En général tout ce qui n'est pas domicile privé ou résidence particulière doit être réputé lieu public. [...] Il y a deux espèces de lieux publics, ceux dont l'accès est ouvert indistinctement et à toute heure à tout le monde, tels que les rues, places etc., et ceux qui ne sont accessibles qu'à certaines personnes, à certaines heures ou sous certaines conditions » (*Pas., 1842, I, pp. 158-159*).

En outre, nombre de lois y renvoient. Ainsi la notion de lieu public est-elle contenue dans les articles 66, 380*bis*, 383 et 444 du Code pénal.

La loi du 21 mars 2007 « réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance » dispose, en son article 2 :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° lieu ouvert : tout lieu non délimité par une enceinte et accessible librement au public;

2° lieu fermé accessible au public : tout bâtiment ou lieu fermé destiné à l'usage du public, où des services peuvent lui être fournis;

3° lieu fermé non accessible au public : tout bâtiment ou lieu fermé destiné uniquement à l'usage des utilisateurs habituels;

[...] ».

La notion est encore définie à l'article 2, 3°, de la loi du 22 décembre 2009 « instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac », qui dispose :

« 3° lieu accessible au public :

a) lieu dont l'accès n'est pas limité à la sphère familiale;

b) notamment les établissements ou bâtiments suivants :

i. lieux administratifs;

ii. gares;

iii. aéroports;

iv. commerces;

v. lieux dans lesquels des services sont fournis au public à titre gratuit ou moyennant paiement, y compris les lieux dans lesquels des aliments et/ou des boissons sont offerts à la consommation;



- vi. lieux dans lesquels des malades ou des personnes âgées sont accueillis ou soignés;
- vii. lieux dans lesquels des soins de santé préventifs ou curatifs sont prodigués;
- viii. lieux dans lesquels des enfants ou des jeunes en âge scolaire sont accueillis, logés ou soignés;
- ix. lieux dans lesquels un enseignement et/ou des formations professionnelles sont dispensés;
- x. lieux dans lesquels des représentations sont données;
- xi. lieux dans lesquels des expositions sont organisées;
- xii. lieux dans lesquels des activités sportives sont exercées ».

**B.8.2.3.** Compte tenu de ce qu'il s'agit d'une notion communément employée par de nombreuses législations, il ne peut être admis qu'elle est à ce point vague qu'elle ne permettrait pas à chacun de savoir qu'au moment où il adopte un comportement, celui-ci serait susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Le fait que le juge pourrait encore disposer d'un pouvoir d'appréciation dans certaines circonstances propres à l'affaire n'enlève pas à la loi son caractère suffisamment précis pour satisfaire au principe de la légalité pénale.

**B.9.** Le premier moyen dans les affaires nos 5244, 5289 et 5290 n'est pas fondé.

**B.10.1.** Le premier moyen dans l'affaire n° 5191 est pris de la violation de l'article 19 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le deuxième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 est pris de la violation des mêmes dispositions, combinées avec l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi qu'avec l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

D'après les parties requérantes, bien que cela ne soit pas mentionné de manière explicite, la loi vise au premier chef les personnes qui portent la voile intégral pour des motifs de choix religieux. La mesure attaquée constituerait pour ces personnes une restriction à la liberté de culte qui ne répondrait pas aux conditions d'ingérence au sens de l'article 9.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'elles se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

**B.10.2.** L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose :

- « 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.
- 2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche

nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ».

**B.10.3.** Etant donné que les parties requérantes ne démontrent pas un lien de rattachement de leur situation avec la mise en oeuvre du droit de l'Union, les moyens ne sont pas recevables en ce qu'ils sont pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B.11. L'article 19 de la Constitution dispose :

« La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

**B.12.** Des prescriptions vestimentaires peuvent varier selon le temps et le lieu. Cependant, certaines limites peuvent être imposées à celles-ci de manière impérative dans les espaces publics. Tout comportement ne saurait être autorisé pour la simple et unique raison qu'il est justifié par un motif religieux. La liberté d'expression et la liberté des cultes ne sont en effet pas absolues. Certes, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus, même le rejet des valeurs fondamentales de notre société démocratique peut être exprimé, mais la manière de l'exprimer est susceptible de restrictions. Il relève de la marge d'appréciation du législateur de déterminer les restrictions aux

libertés précitées qui peuvent être réputées nécessaires dans la société démocratique dans laquelle il exerce ses compétences.

**B.13.** En instituant une sanction pénale à l'égard de ceux qui se présenteraient dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en manière telle qu'ils ne sont pas identifiables, la loi attaquée peut, en raison de la généralité de ses termes, constituer une ingérence dans la liberté de conscience et de religion des femmes qui, comme les parties requérantes dans les affaires nos 5191 et 5290, portent le voile intégral sur la base d'un choix personnel qu'elles estiment conforme à leurs convictions religieuses.

**B.14.** Il y a dès lors lieu d'examiner si cette ingérence est prévue par une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur.

**B.15.** Comme il ressort des B.8.1 à B.8.2.3, la loi répond aux exigences d'accessibilité et de précision.

**B.16.1.** La liberté de conscience et de religion comprend, entre autres, la liberté d'exprimer sa religion ou sa conviction, soit seul, soit avec d'autres. Les dispositions constitutionnelles et conventionnelles visées par les moyens ne protègent toutefois pas tout acte inspiré par une religion ou une conviction et ne garantissent pas en toutes circonstances le droit de se comporter selon les prescriptions religieuses ou selon sa conviction (CEDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous* c. France; 29 juin 2004, *Leyla Sahin* c. Turquie, § 66; grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin* c. Turquie, § 105; CEDH, 13 novembre 2008, *Mann Singh* c. France).

**B.16.2.** Dans une société démocratique, il est nécessaire de protéger les valeurs et principes qui fondent la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme l'a jugé dans son arrêt *Leyla Sahin* c. Turquie du 10 novembre 2005 :

« 108. Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une ` société démocratique '. Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante (voir, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster* c. Royaume-Uni, arrêt du 13 août 1981, série A no 44, p. 25, § 63, et *Chassagnou et autres* c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III). Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, précité, pp. 21-22, § 45, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité)* et

*autres, précité, § 99*). Si les 'droits et libertés d'autrui' figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une 'société démocratique' (*Chassagnou et autres, précité, § 113*) ».

**B.16.3.** Il n'appartient pas à l'Etat de se prononcer sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci (CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis et a. c. Grèce*, § 47; CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, § 78; CEDH, 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, § 54).

**B.17.** Il ressort de l'exposé de la proposition qui est à l'origine de la loi attaquée, rappelé en B.4.2, que le législateur a entendu défendre un modèle de société qui fait prévaloir l'individu sur ses attaches philosophiques, culturelles et religieuses en vue de favoriser l'intégration de tous et faire en sorte que les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales que sont le droit à la vie, le droit à la liberté de conscience, la démocratie, l'égalité de l'homme et de la femme ou encore la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

Ainsi que la Cour l'a relevé en B.4.2 à B.4.5, les travaux préparatoires de la loi attaquée font apparaître que trois objectifs ont été poursuivis : la sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du « vivre ensemble » dans la société.

**B.18.** De tels objectifs sont légitimes et entrent dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme que constituent le maintien de la sûreté publique, la défense de l'ordre ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui.

**B.19.** La Cour doit encore examiner si les conditions de nécessité dans une société démocratique et de proportionnalité par rapport aux objectifs légitimes poursuivis sont remplies.

**B.20.1.** Il ressort des travaux préparatoires de la loi attaquée que l'interdiction du port d'un vêtement dissimulant le visage a notamment été dictée par des raisons de sécurité publique. A cet égard, ces travaux font état de la commission d'infractions par des personnes dont le visage était dissimulé (*Doc. parl., Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/005, p. 8; Doc. parl., Chambre, 2010-2011, DOC 53-0219/004, p. 7*).

**B.20.2.** L'article 34, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police habilite les fonctionnaires de police à contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels ou de circonstances de temps et de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle pourrait troubler l'ordre public ou

qu'elle l'a troublé. Ce contrôle d'identité pourrait être entravé si la personne concernée avait le visage dissimulé et refusait de coopérer à un tel contrôle. En outre, les personnes qui ont le visage dissimulé ne seraient en général pas ou difficilement reconnaissables si elles commettaient des infractions ou troublaient l'ordre public.

**B.20.3.** Ce n'est pas non plus parce qu'un comportement n'aurait pas encore pris une ampleur de nature à mettre l'ordre social ou la sécurité en péril que le législateur ne serait pas autorisé à intervenir. Il ne peut lui être reproché d'anticiper en temps utile un tel risque en réprimant des comportements lorsqu'il est établi que la généralisation de ceux-ci entraînerait un danger réel.

**B.20.4.** Compte tenu de ce qui précède, le législateur pouvait estimer que l'interdiction de dissimuler le visage dans les lieux accessibles au public est nécessaire pour des raisons de sécurité publique.

**B.21.** Le législateur a également motivé son intervention par une certaine conception du « vivre ensemble » dans une société fondée sur des valeurs fondamentales qui, à son estime, en découlent.

L'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. Compte tenu des valeurs essentielles qu'il entend défendre, le législateur a pu considérer que la circulation dans la sphère publique, qui concerne par essence la collectivité, de personnes dont cet élément fondamental de l'individualité n'apparaît pas, rend impossible l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société. Si le pluralisme et la démocratie impliquent la liberté de manifester ses convictions notamment par le port de signes religieux, l'Etat doit veiller aux conditions dans lesquelles ces signes sont portés et aux conséquences que le port de ces signes peut avoir. Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique.

**B.22.** Quant à la dignité de la femme, ici encore, le législateur a pu considérer que les valeurs fondamentales d'une société démocratique s'opposent à ce que des femmes soient contraintes de dissimuler leur visage sous la pression de membres de leur famille ou de leur communauté et soient privées ainsi, contre leur gré, de la liberté de disposer d'elles-mêmes.

**B.23.** Toutefois, comme c'est le cas pour les parties requérantes dans les affaires nos 5191 et 5290, le port du voile intégral peut correspondre à

l'expression d'un choix religieux. Ce choix peut être guidé par diverses motivations aux significations symboliques multiples.

Même lorsque le port du voile intégral résulte d'un choix délibéré dans le chef de la femme, l'égalité des sexes, que le législateur considère à juste titre comme une valeur fondamentale de la société démocratique, justifie que l'Etat puisse s'opposer, dans la sphère publique, à la manifestation d'une conviction religieuse par un comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme. Comme la Cour l'a relevé en B.21, le port d'un voile intégral dissimulant le visage prive, en effet, la femme, seule destinataire de ce prescrit, d'un élément fondamental de son individualité, indispensable à la vie en société et à l'établissement de liens sociaux.

**B.24.** La Cour doit encore examiner si le recours à une sanction de nature pénale en vue de garantir le respect de l'interdiction que la loi prévoit n'a pas des effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis.

**B.25.1.** La disposition attaquée a été insérée dans le Code pénal, dans la catégorie des contraventions de quatrième classe, et prévoit une peine d'amende de quinze à vingt-cinq euros et un emprisonnement d'un jour à sept jours ou une de ces peines seulement.

En application des articles 564 et 565 du Code pénal, lorsque le contrevenant a déjà été condamné, dans les douze mois précédents, pour la même contravention, le tribunal est autorisé à prononcer, indépendamment de l'amende, un emprisonnement pendant douze jours au plus.

L'article 566 du même Code permet la réduction de l'amende au-dessous de cinq euros, sans qu'elle puisse, en aucun cas, être inférieure à un euro lorsqu'il existe des circonstances atténuantes.

**B.25.2.** En même temps qu'elle prévoyait une nouvelle contravention, la loi attaquée a modifié l'article 119*bis* de la Nouvelle loi communale en vue de permettre aux conseils communaux de prévoir dans leurs règlements une sanction administrative pour le même comportement. Cette modification trouve son origine dans un amendement à la proposition de loi initiale, déposé à la Chambre des représentants lors de la précédente législature et justifié comme suit :

« La proposition de loi rend le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage punissable en insérant une disposition à cet égard dans le Code pénal.

Aujourd'hui, cette pratique est déjà passible d'une sanction communale administrative. L'avantage de cette méthode de travail est que les communes confrontées à ce problème peuvent également prendre des sanctions. En insérant désormais une sanction en la matière dans le Code pénal, on supprime toute possibilité d'intervention au niveau communal.

Le port de ce type de vêtement risque toutefois de rester impuni à l'avenir. Si le parquet ne confère pas la priorité à la poursuite de ces infractions, il y a fort à craindre que la plupart des plaintes relatives à des infractions audit article du Code pénal resteront lettre morte.

Pour pouvoir néanmoins mettre en place une politique de poursuites, le présent amendement tend à rendre l'infraction à cet article du Code pénal explicitement punissable administrativement. La modification proposée de l'article 119*bis* de la Nouvelle Loi communale permet également de rendre l'article 563/1 proposé punissable tant sur le plan pénal que sur le plan administratif.

Par suite de la modification proposée de l'article 119*bis*, § 8, alinéa 2, la violation de l'article 563/1, proposé, pourra effectivement faire l'objet de poursuites conformément à cet article ou être sanctionnée d'une amende administrative d'un montant maximum de 250 euros. Le procureur du Roi disposera d'un délai de deux mois pour avertir le fonctionnaire qu'une information ou une instruction a été ouverte, que des poursuites ont été engagées, ou bien qu'il a décidé de ne pas donner suite au dossier, en raison de l'absence de charges suffisantes. Cette communication a pour effet de priver le fonctionnaire de la possibilité d'infliger une amende administrative. Avant l'écoulement de ce délai, le fonctionnaire ne peut pas infliger d'amende administrative. Après l'écoulement de ce délai, les faits sont encore uniquement susceptibles de faire l'objet de poursuites administratives. Le fonctionnaire peut toutefois appliquer une amende administrative avant l'écoulement du délai si le procureur du Roi l'a informé que, sans remettre en question l'élément matériel de l'infraction, il a décidé de ne pas donner suite au dossier » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2289/003, p. 2).

**B.26.** Lorsque le législateur estime que certains manquements doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives.

**B.27.** Compte tenu des disparités constatées entre les communes et des divergences jurisprudentielles qui sont apparues dans cette matière, le législateur a pu considérer qu'il s'imposait d'assurer la sécurité juridique en uniformisant la sanction infligée lorsque le port d'un vêtement dissimulant le visage dans les lieux accessibles au public est constaté.

**B.28.** Dès lors que l'individualisation des personnes, dont le visage est un élément fondamental, constitue une condition essentielle au fonctionnement d'une société démocratique dont chaque membre est un sujet de droit, le législateur a pu considérer que dissimuler son visage pouvait mettre en péril le fonctionnement de la société ainsi conçue et devait, partant, être pénalement réprimé.

**B.29.1.** Sous réserve de ce qui est mentionné en B.30, en ce qu'elle s'adresse aux personnes qui, librement et volontairement, dissimulent leur visage dans les lieux accessibles au public, la mesure attaquée n'a pas d'effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère. La circonstance que la peine puisse être plus lourde en cas de récidive ne mène pas à une autre conclusion. Le législateur a pu, en effet, estimer que le contrevenant qui est condamné pour un comportement pénalement réprimé ne réitérera pas ce comportement, sous la menace d'une sanction plus lourde.

**B.29.2.** Pour le surplus, il y a lieu d'observer, en ce qui concerne les personnes qui dissimuleraient leur visage sous la contrainte, que l'article 71 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'auteur des faits a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

**B.30.** La loi attaquée prévoit une sanction pénale à l'égard de toute personne qui, sauf dispositions légales contraires, se présente le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'elle ne soit pas identifiable, dès lors qu'il s'agit de lieux accessibles au public. Il serait manifestement déraisonnable de considérer que ces lieux doivent s'entendre comme incluant les lieux destinés au culte. Le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux, tels que le voile qui couvre intégralement le visage dans de tels lieux, ne pourrait faire l'objet de restrictions sans que cela porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de manifester ses convictions religieuses.

**B.31.** Sous réserve de cette interprétation, le premier moyen dans l'affaire n° 5191 et le deuxième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.32.** Le deuxième moyen dans les affaires nos 5191 et 5289 et le troisième moyen dans les affaires nos 5204, 5244 et 5290 sont pris de la violation de l'article 19 de la Constitution combiné avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**B.33.** L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

**B.34.** Comme la Cour l'a relevé en B.16.1, la liberté de conscience et de religion comprend, entre autres, la liberté d'exprimer sa religion ou sa conviction soit seul, soit avec d'autres. Ainsi, dès lors que dans le chef des parties requérantes dans les affaires nos 5191 et 5290, les griefs formulés ne diffèrent pas de ceux qui ont été développés à l'occasion des moyens pris de la violation de la liberté de religion, auxquels les parties



requérantes renvoient d'ailleurs, les moyens ne sont pas fondés pour des motifs identiques à ceux qui ont été exposés en B.13 à B.31.

**B.35.** Les parties requérantes dans les affaires nos 5204 et 5289 soutiennent que la liberté d'expression peut prendre diverses formes, notamment vestimentaires, et que porter des vêtements ou artifices constitue une forme d'expression personnelle à laquelle la disposition attaquée porterait atteinte.

**B.36.** En instituant une sanction pénale à l'égard de ceux qui se présenteraient dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en manière telle qu'ils ne sont pas identifiables, la loi attaquée peut en raison de la généralité de ses termes constituer une ingérence dans la liberté d'expression des personnes qui considèrent que le port de tenues vestimentaires en constitue l'une des manifestations.

Il y a dès lors lieu d'examiner, ici encore, si, dans le chef de ces personnes, cette ingérence est prévue par une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur.

**B.37.1.** Comme il ressort du B.8, la loi répond aux exigences d'accessibilité et de précision.

**B.37.2.** Quant à l'exigence que la loi soit nécessaire dans une société démocratique et réponde à un besoin social impérieux, comme la Cour l'a relevé en B.21, l'individualité de tout sujet de droit dans une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage qui en constitue un élément fondamental. La dissimulation du visage dans les lieux accessibles au public, fût-elle la manifestation de la liberté d'expression de la personne qui y procède, a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage dans de tels lieux alors que celle-ci constitue un élément fondamental de l'essence même du sujet de droit. L'interdiction de pareille dissimulation répond donc à un besoin social impérieux dans une société démocratique.

**B.37.3.** Quant au fait que le législateur ait eu recours à une sanction de nature pénale, il résulte de ce qui est mentionné en B.29 que cette mesure n'a pas d'effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis.

**B.37.4.** Le deuxième moyen dans les affaires nos 5191 et 5289 et le troisième moyen dans les affaires nos 5204, 5244 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.38.** Le troisième moyen dans l'affaire n° 5191 et le quatrième moyen dans les affaires nos 5204, 5244, 5289 et 5290 sont pris de la violation de la liberté individuelle, consacrée par l'article 12 de la Constitution et par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'égard des femmes qui, par l'effet de la loi attaquée, encourent des sanctions pénales, en ce compris des peines de prison, si elles portent un voile intégral dans un lieu accessible au public ou seraient privées de leur liberté de circuler librement sur la voie publique si elles choisissaient de rester chez elles. Les parties requérantes dans les affaires nos 5244, 5289 et 5290 ajoutent au moyen la lecture combinée de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.39.1.** L'article 12, alinéa 1er, de la Constitution garantit la liberté individuelle de la personne.

L'article 5.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :  
« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

**B.39.2.** Pour le motif énoncé en B.10.3, les moyens ne sont pas recevables en ce qu'ils sont pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.40.1.** Compte tenu de ce qu'une peine privative de liberté en application de la disposition attaquée est soumise à l'appréciation d'un juge indépendant et impartial qui seul peut la prononcer en tenant compte des circonstances concrètes de la cause, et pour des motifs identiques à ceux exposés en B.13 à B.31, il n'est pas porté atteinte de manière disproportionnée à la liberté individuelle des personnes concernées.

**B.40.2.** La circonstance qu'afin de ne pas circuler le visage non dissimulé pour se conformer à ce qu'elles estiment correspondre à leurs convictions

religieuses, les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 resteraient chez elles résulte de leur choix et non d'une contrainte illégitime qui leur serait imposée par la loi attaquée.

**B.41.** Le troisième moyen dans l'affaire n° 5191 et le quatrième moyen dans les affaires nos 5204, 5244, 5289 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.42.1.** Le deuxième moyen dans l'affaire n° 5204, le quatrième moyen dans les affaires nos 5191 et 5289 et le cinquième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 sont pris de la violation de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi qu'avec l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.42.2.** Pour le motif énoncé en B.10.3, les moyens ne sont pas recevables en ce qu'ils sont pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.43.** L'article 22 de la Constitution dispose :

« Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

**B.44.1.** Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les dispositions précitées, a pour objet essentiel de protéger les personnes contre les immixtions dans leur vie privée et familiale. La proposition qui a précédé l'adoption de l'article 22 de la Constitution insistait sur « la protection de la personne, la reconnaissance de son identité, l'importance de son épanouissement et celui de sa famille » et soulignait la nécessité de protéger la vie privée et familiale « des risques

d'ingérence que peuvent constituer, notamment par le biais de la modernisation constante des techniques de l'information, les mesures d'investigation, d'enquête et de contrôle menées par les pouvoirs publics et organismes privés, dans l'accomplissement de leurs fonctions ou de leurs activités » (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-4/2°, p. 3).

**B.44.2.** Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sont pas absolus. Ainsi, bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette disposition ajoute en effet immédiatement : « sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ».

Les dispositions précitées exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle réponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée au but légitime qui est poursuivi.

**B.45.** D'après les parties requérantes, la loi affecterait gravement l'organisation de la vie privée et familiale des femmes qui, par conviction religieuse, souhaitent porter le voile intégral, ainsi que de leurs conjoints et leur famille puisque si elles veulent respecter leur choix religieux tout en respectant la loi, elles seraient condamnées à devoir rester chez elles ou devraient, dans le cas contraire, sacrifier une partie de leur choix religieux, qui fait partie intégrante de leur vie familiale.

**B.46.1.** En ce qui concerne la précision de la loi, il est constaté en B.8 que les termes employés sont suffisamment clairs pour permettre à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, que ledit comportement entre dans le champ d'application de la loi et est, partant, passible de sanction pénale.

**B.46.2.** Il ressort des B.20.1 à B.23 que la loi attaquée répond à un besoin social impérieux.

**B.46.3.** Enfin, en ce qui concerne l'incidence que peut avoir la loi attaquée sur le droit au respect de la vie privée et familiale des personnes qui devraient sacrifier une partie de leur choix religieux, le grief ne se distingue pas de celui lié au respect de la liberté de conscience et de religion, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y apporter une réponse différente. Ici encore, il convient de relever que si les personnes s'estiment condamnées à rester chez elles au motif qu'elles ne veulent pas circuler dans les lieux accessibles au public le visage non dissimulé, cela résulte de leur choix de ne pas se soumettre à une interdiction légale qui est, pour les motifs repris en B.13 à B.31, compatible avec la liberté de conscience et de religion.

**B.46.4.** Quant au respect de la vie privée de ces personnes dans les lieux accessibles au public, le fait d'y circuler le visage non dissimulé de manière à être identifiable ne met pas les personnes concernées dans une situation différente de celle de toute personne qui se présente dans de tels lieux, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée des femmes qui, par souci de respecter une conviction religieuse, souhaiteraient s'y présenter le visage dissimulé.

**B.47.** Le deuxième moyen dans l'affaire n° 5204, le quatrième moyen dans les affaires nos 5191 et 5289 et le cinquième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.48.** Le cinquième moyen dans les affaires nos 5191 et 5204 est pris de la violation de l'article 23 de la Constitution. Le sixième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 est pris de la violation de la même disposition constitutionnelle, combinée avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**B.49.** L'article 23, alinéa 1er, de la Constitution dispose que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

**B.50.** D'après les parties requérantes, il serait porté atteinte à la dignité des femmes qui font le choix de porter le voile intégral en les privant de l'exercice d'une liberté fondamentale par la criminalisation d'un comportement qui ne contient aucune activité criminelle ou délictueuse et en les stigmatisant ainsi comme une menace à la sécurité publique. Il serait également porté atteinte à leur dignité en les poussant soit à rester à la maison, soit à agir en contradiction avec leur conscience.

**B.51.** Ici encore, le moyen est formulé en manière telle que le grief qu'il expose ne se distingue pas du moyen pris de la violation de la liberté de conscience et de religion. Il n'y a dès lors pas lieu d'y apporter une réponse différente de celle qui a été donnée en B.13 à B.31.

**B.52.** Le cinquième moyen dans les affaires nos 5191 et 5204 et le sixième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.53.1.** Le sixième moyen dans l'affaire n° 5191 et le neuvième moyen dans l'affaire n° 5204 sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le septième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290

est pris de la violation des mêmes dispositions, lues également en combinaison avec l'article 1er du Douzième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La partie requérante dans l'affaire n° 5290 y ajoute la lecture combinée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**B.53.2.** Pour le motif énoncé en B.10.3, les moyens ne sont pas recevables en ce qu'ils sont pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.54.** L'article 1er du Douzième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

- « 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
- 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».

Cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur en Belgique.

L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

- « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

- « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

**B.55.** D'après les parties requérantes, la loi attaquée créerait, en dépit de la généralité de ses termes, une situation de discrimination passive et indirecte. Les femmes portant le voile intégral se trouveraient, en effet, dans une situation fondamentalement différente de celle des citoyens belges qui ne sont pas de confession musulmane, pour lesquels les dispositions légales attaquées seraient beaucoup moins contraignantes ou, en tout cas, ne toucheraient pas à l'exercice de libertés fondamentales protégées.

**B.56.** Ainsi qu'il a été mentionné en B.4.6, l'amendement qui tendait à n'interdire que le port de la burqa et du niqab a été rejeté en commission de la Chambre, le législateur souhaitant maintenir l'interdiction de tout vêtement dissimulant le visage dans les lieux accessibles au public, sauf dispositions légales contraires.

Comme l'indiquent les parties requérantes, la loi attaquée peut certes avoir des conséquences plus contraignantes à l'égard de l'exercice, par certaines femmes de confession musulmane, de certaines de leurs libertés fondamentales. Ainsi qu'il ressort de l'examen des moyens qui précède, la restriction apportée à leurs droits n'est pas disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur et répond au caractère de nécessité dans une société démocratique. Il est, partant, raisonnablement justifié de ne pas prévoir un traitement différencié pour cette catégorie de personnes.

**B.57.** Le sixième moyen dans les affaires nos 5191 et 5204 et le septième moyen dans les affaires nos 5244 et 5290 ne sont pas fondés.

**B.58.** Les parties requérantes dans l'affaire n° 5191 prennent un septième moyen de la violation des articles 14, 17 et 18 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce moyen constitue également les sixième et septième moyens dans l'affaire n° 5204. Les parties requérantes dans les affaires nos 5244, 5289 et 5290 prennent un huitième moyen de la violation des mêmes dispositions ainsi que de l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**B.59.** La Cour n'est pas compétente pour contrôler directement des normes législatives au regard de dispositions conventionnelles.

Le moyen qui allègue la violation directe de ces dispositions conventionnelles est par conséquent irrecevable.

**B.60.** Dans son mémoire en intervention dans l'affaire n° 5244, l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » prend un moyen unique de la violation, par la disposition attaquée, de l'article 12 de la Constitution, lu en combinaison avec les articles 5 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec les articles 9 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les articles 9 et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A l'estime de l'ASBL, la loi attaquée porterait atteinte par nature et par essence au principe de subsidiarité du droit pénal et, partant, à la liberté individuelle.

**B.61.** Le moyen pris de la violation, par la loi attaquée, de la liberté individuelle telle qu'elle est consacrée par les dispositions que le moyen vise implique l'examen de la proportionnalité du recours, par le législateur, à une sanction de nature pénale.

Ce grief a déjà été rencontré à l'occasion de l'examen du moyen pris de la violation de l'article 19 de la Constitution, combiné avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'y a pas lieu d'y apporter une réponse différente au motif qu'y est ajoutée la violation alléguée d'autres dispositions conventionnelles.

**B.62.** Pour les motifs exposés en B.29, le moyen n'est pas fondé.

**B.63.** Un dernier moyen dans l'affaire n° 5204 et un cinquième moyen dans l'affaire n° 5289 sont pris de la violation de l'article 2 du Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme au motif que la loi limiterait de manière considérable la liberté de circulation dans l'espace public.

**B.64.** Comme il a été indiqué en B.59, la Cour n'est pas compétente pour contrôler directement des normes législatives au regard de dispositions conventionnelles.

Le dernier moyen dans l'affaire n° 5204 et le cinquième moyen dans l'affaire n° 5289 sont, partant, irrecevables.

**B.65.** Un sixième moyen dans l'affaire n° 5289 est pris de la violation de la liberté d'association consacrée par l'article 27 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La partie requérante soutient que sa liberté d'association serait menacée par le fait que la loi l'expose dans l'espace public à une surveillance généralisée et exige une identifiabilité permanente.

**B.66.1.** L'article 27 de la Constitution dispose :

« Les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive ».

L'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».



**B.66.2.** La loi attaquée interdit de se présenter dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle que la personne ne soit pas identifiable. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, la disposition attaquée n'a donc ni pour objet ni pour effet de réglementer la liberté d'association des personnes.

**B.66.3.** Dès lors qu'il est étranger à la disposition attaquée, le moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette les recours, sous réserve de l'interprétation mentionnée en B.30.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 6 décembre 2012.

Le Président, R. Henneuse  
Le greffier, F. Meersschaut



Cour européenne des droits de l'homme  
S.A.S. contre France  
Requête 43835/11  
1<sup>er</sup> juillet 2014



## **En l'affaire S.A.S. c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, président,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Boštjan M. Zupančič,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyeu,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Ganna Yudkivska,  
Angelika Nußberger,  
Erik Møse,  
André Potocki,  
Paul Lemmens,  
Helena Jäderblom,  
Aleš Pejchal, juges,  
et de Erik Fribergh, greffier,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 27 novembre 2013 et le 5 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

### **PROCÉDURE**

**1.** À l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 43835/11) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet État (« la requérante »), a saisi la Cour le 11 avril 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la cinquième section puis le président de la Grande Chambre ont accédé à la demande de la requérante tendant à ce que son identité ne soit pas divulguée (article 47 § 3 du règlement).

**2.** La requérante est représentée devant la Cour par M. Sanjeev Sharma, *solicitor* à Birmingham, MM. Ramby de Mello et Tony Muman, *barristers* à Birmingham, et Satvinder Singh Juss, *barrister* à Londres. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent ; il s'agissait initialement de Mme Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, à laquelle M. François Alabrune a succédé en mai 2014.

**3.** La requérante se plaint du fait que l'interdiction de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public que pose la loi no 2010-1192 du 11 octobre 2010 la prive de la possibilité de revêtir le voile intégral dans l'espace public. Elle dénonce une violation des articles 3, 8, 9, 10 et 11 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14 de la Convention.

**4.** La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 1er février 2012, elle a été communiquée au Gouvernement.

**5.** Le 28 mai 2013, une chambre de la cinquième section composée de Mark Villiger, président, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ganna Yudkivska, André Potocki, Paul Lemmens et Aleš Pejchal, juges, ainsi que de Claudia Westerdiek, greffière de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

**6.** La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

**7.** Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

**8.** Les organisations non-gouvernementales *Amnesty International*, *Liberty*, *Open Society Justice Initiative* et ARTICLE 19, ainsi que le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand et le gouvernement belge se sont vus accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement). Le gouvernement belge a également été autorisé à intervenir dans la procédure orale.

**9.** Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 27 novembre 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement défendeur*

Mme Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, agente,

Mme Nathalie Ancel, sous-directrice des droits de l'homme au ministère des Affaires étrangères, co-agente,

M. Sylvain Fournel, rédacteur à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères,

M. Rodolphe Feral, rédacteur à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères,

Mme Patricia Rouault-Chalier, sous-directrice des affaires juridiques générales et du contentieux au ministère de la Justice,

M. Eric Dumand, chef du bureau du droit et du contentieux européen, international et institutionnel au ministère de l'Intérieur, conseillers.

– *pour la requérante*

M. Ramby De Mello,  
M. Tony Muman,  
M. Satvinder Singh Juss , conseils,  
M. Eirik Bjorge,  
Mme Anastasia Vakulenko,  
Mme Stéphanie Berry, conseillers.

– *pour le Gouvernement belge* Mme Isabelle Niedlispacher, co-agente.

La Cour a entendu en leurs déclarations Mme Belliard, MM. de Mello et Muman et Mme Niedlispacher, ainsi que Mme Belliard et M. de Mello en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

**10.** La requérante est une ressortissante française née en 1990 et résidant en France.

**11.** La requérante, qui se déclare musulmane pratiquante, indique porter la burqa et le niqab afin d'être en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions personnelles. Elle précise que la burqa est un habit qui couvre entièrement le corps et inclut un tissu à mailles au niveau du visage, et que le niqab est un voile couvrant le visage à l'exception des yeux. Elle souligne que ni son mari ni aucun autre membre de sa famille ne font pression sur elle pour qu'elle s'habille ainsi.

**12.** Elle ajoute qu'elle porte le niqab en public comme en privé, mais pas de façon systématique ; ainsi, par exemple, elle peut ne pas le porter lorsqu'elle est en consultation chez un médecin ou lorsqu'elle rencontre des amis dans un lieu public ou cherche à faire des connaissances. Elle accepte donc de ne pas porter tout le temps le niqab dans l'espace public, mais souhaite pouvoir le faire quand tel est son choix, en particulier lorsque son humeur spirituelle le lui dicte. Il y a ainsi des moments (par exemple lors d'événements religieux tels que le ramadan) où elle a le sentiment de devoir le porter en public pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle ; son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même.

**13.** La requérante précise qu'elle ne réclame pas de pouvoir garder le niqab lorsqu'elle se trouve en situation de subir un contrôle de sécurité, se

rend dans une banque ou prend l'avion, et qu'elle est d'accord de montrer son visage lorsqu'un contrôle d'identité nécessaire l'impose.

**14.** Depuis le 11 avril 2011, date d'entrée en vigueur de la loi no 2010-1192 du 11 octobre 2010, sur tout le territoire de la République française, il est interdit à chacun de dissimuler son visage dans l'espace public.

## II. Le droit et la pratique internes pertinents

### **A. La loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public »**

#### *1. Éléments relatifs à la genèse de la loi*

##### **a) Le rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national »**

**15.** La conférence des Présidents de l'Assemblée nationale a créé, le 23 juin 2009, une mission d'information composée de députés de divers partis chargée de préparer un rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national ».

**16.** Déposé le 26 janvier 2010, ce rapport d'environ 200 pages décrit et analyse la situation. Il en ressort notamment que le port du voile intégral est nouveau en France (presqu'aucune femme ne s'habillait ainsi semble-t-il avant 2000) et qu'environ 1900 femmes étaient concernées à la fin de l'année 2009 (dont environ 270 établies dans les collectivités d'outre-mer) ; neuf sur dix avaient moins de 40 ans, deux sur trois étaient de nationalité française et une sur quatre était convertie à l'islam. Selon le rapport, il s'agit d'une pratique « antéislamique » importée, qui ne présente pas le caractère d'une prescription religieuse et qui participe de l'affirmation radicale de personnalités en quête d'identité dans l'espace social ainsi que de l'action de mouvements intégristes extrémistes. Le rapport indique en outre que ce phénomène était inexistant dans les pays d'Europe centrale et orientale, citant spécifiquement la république tchèque, la Bulgarie, la Roumanie, la Hongrie, la Lettonie et l'Allemagne. Il n'y faisait donc pas débat, à l'inverse de la Suède et du Danemark, où la pratique du port du voile était cependant peu développée. Par ailleurs, la question d'une interdiction générale était débattue aux Pays-Bas et en Belgique (une loi « visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » a depuis lors été adoptée en Belgique, le 1er juin 2011 ; paragraphes 40-42 ci-dessous). Le rapport aborde également de manière critique la situation au Royaume-Uni, où il y aurait une surenchère constitutive de dérives communautaristes, des groupes musulmans radicaux et intégristes instrumentalisant un système juridique très favorable aux libertés et droits individuels fondamentaux pour obtenir la consécration de droits spécifiquement applicables aux habitants de confession ou d'origine musulmane.



**17.** Le rapport dénonce ensuite une « pratique aux antipodes des valeurs de la République » exprimées par la devise « liberté, égalité, fraternité ». Il souligne que, plus qu'une atteinte à la laïcité, le voile intégral est une négation du principe de liberté parce qu'il est la manifestation d'une oppression et que, par son existence même, il bafoue aussi bien le principe d'égalité entre les sexes que celui d'égale dignité entre les êtres humains. Le rapport retient en outre que le voile intégral exprime le refus de toute fraternité par le rejet de l'autre et la contestation frontale de la conception française du vivre ensemble.

Retenant en conséquence la nécessité de « libérer les femmes de l'emprise du voile intégral », le rapport préconise l'action autour de trois axes : convaincre, protéger les femmes et réfléchir à une interdiction. Il fait les quatre propositions suivantes : premièrement, voter une résolution réaffirmant les valeurs républicaines et condamnant comme contraire à ces valeurs la pratique du port du voile intégral ; deuxièmement, engager une réflexion d'ensemble sur les phénomènes d'amalgames, de discriminations et de rejet de l'autre en raison de ses origines ou de sa confession et sur les conditions d'une juste représentation de la diversité spirituelle ; troisièmement, renforcer les actions de sensibilisation et d'éducation au respect mutuel et à la mixité et la généralisation des dispositifs de médiation ; quatrièmement, voter une loi qui assurerait la protection des femmes victimes de contrainte, qui conforterait les agents publics confrontés à ce phénomène et qui ferait reculer cette pratique. Le rapport précise que tant au sein de la mission que des formations politiques représentées au Parlement, il n'y avait pas d'unanimité pour l'adoption d'une loi d'interdiction générale et absolue du voile intégral dans l'espace public.

## **b) L'avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme « sur le port du voile intégral »**

**18.** Entretemps, le 21 janvier 2010, la commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu un « avis sur le port du voile intégral », dans lequel elle se dit défavorable à une loi le prohibant de manière générale et absolue. Elle retient en particulier que le principe de laïcité ne peut à lui seul servir de fondement à une telle mesure générale, dès lors qu'il n'appartient pas à l'État de déterminer ce qui relève ou non de la religion, et que l'ordre public ne peut justifier une interdiction que dans la mesure où elle est limitée dans l'espace et dans le temps. Elle met également en exergue le risque de stigmatisation des musulmans, et le fait qu'une interdiction générale pourrait porter préjudice aux femmes notamment parce que celles qui subissent le voile intégral se verraient en plus privées d'accès à l'espace public.

**19.** Cela étant, la CNCDH rappelle que le soutien aux femmes qui subissent toute forme de violence doit être une priorité politique ; elle

préconise, afin de lutter contre toute forme d'obscurantisme, d'encourager la promotion d'une culture de dialogue, d'ouverture et de modération, afin de permettre une meilleure connaissance des religions et des principes de la République ; elle appelle au renforcement des cours d'éducation civique – y compris l'éducation et la formation aux droits de l'homme – à tous les niveaux, en visant les hommes et les femmes ; elle demande la stricte application du principe de laïcité et du principe de neutralité dans les services publics, et l'application des lois existantes ; elle souhaite que, parallèlement, des études sociologiques et statistiques soient réalisées, afin de suivre l'évolution du port du voile intégral.

### **c) L'étude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral »**

**20.** Le 29 janvier 2010, le premier ministre a invité le Conseil d'État à étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral (...) la plus large et la plus effective possible ».

**21.** Le Conseil d'État a en conséquence réalisé une « étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », dont le rapport a été adopté par l'assemblée plénière le 25 mars 2010. Il a estimé que la question qui lui était posée devait être comprise ainsi : peut-on juridiquement envisager, pour quels motifs et avec quelles limites, d'interdire le port du voile intégral en tant que tel, ou est-on conduit, de manière plus générale, à discuter de l'interdiction de la dissimulation du visage dont cette tenue est une des formes ?

**22.** Le Conseil d'État a tout d'abord constaté que l'ordonnancement juridique existant apportait d'ores et déjà plusieurs réponses à cette préoccupation, qu'il s'agisse des dispositifs ayant pour effet d'interdire le port du voile intégral lui-même par certaines personnes et en certaines circonstances, des restrictions ponctuellement apportées à la dissimulation du visage pour des motifs d'ordre public ou de la répression pénale visant les instigateurs de ces pratiques. Il a toutefois relevé le caractère hétérogène de ces dispositions et observé que, pas plus que la France, les démocraties comparables ne se sont dotées d'une législation nationale prohibant de manière générale ces pratiques dans l'espace public. Sur la base de ce constat, il s'est interrogé sur la viabilité juridique et pratique d'une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public au regard des droits et libertés garantis par le Constitution, la Convention et le droit de l'Union européenne. Il lui est apparu impossible de recommander une interdiction du seul voile intégral, en tant que tenue porteuse de valeurs incompatibles avec la République, qu'il a estimée très fragile juridiquement et difficilement applicable en pratique. Il a notamment relevé que le principe d'égalité des hommes et des femmes n'a pas vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle. Il a en outre considéré qu'une interdiction, moins spécifique, de la dissimulation volontaire du visage reposant

notamment sur des considérations d'ordre public, interprétées de manière plus ou moins large, ne pourrait juridiquement porter sans distinction sur l'ensemble de l'espace public, en l'état des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle.

**23.** En revanche, il lui a semblé qu'en l'état du droit, pourrait être adopté un dispositif contraignant et restrictif plus cohérent, qui comporterait deux types de mesures : d'une part, l'affirmation de la règle selon laquelle est interdit le port de toute tenue ou accessoire ayant pour effet de dissimuler le visage d'une manière telle qu'elle rend impossible une identification, soit en vue de la sauvegarde de l'ordre public lorsque celui-ci est menacé, soit lorsqu'une identification apparaît nécessaire pour l'accès ou la circulation dans certains lieux et pour l'accomplissement de certaines démarches ; d'autre part, le renforcement de l'arsenal répressif visant en particulier les personnes qui en contraignent d'autres à dissimuler leur visage, donc à effacer leur identité, dans l'espace public.

#### **d) La Résolution de l'Assemblée nationale « sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte »**

**24.** Le 11 mai 2010, l'Assemblée nationale a voté, à l'unanimité, une Résolution « sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte ». Par cette Résolution, l'Assemblée nationale :

- « (...) 1. Considère que les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République ;
- 2. Affirme que l'exercice de la liberté d'expression, d'opinion ou de croyance ne saurait être revendiquée par quiconque afin de s'affranchir des règles communes au mépris des valeurs, des droits et des devoirs qui fondent la société ;
- 3. Réaffirme solennellement son attachement au respect des principes de dignité, de liberté, d'égalité et de fraternité entre les êtres humains ;
- 4. Souhaite que la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes soient une priorité des politiques publiques menées en matière d'égalité des chances, en particulier au sein de l'éducation nationale ;
- 5. Estime nécessaire que tous les moyens utiles soient mis en œuvre pour assurer la protection effective des femmes qui subissent des violences ou des pressions, et notamment sont contraintes de porter un voile intégral. »

#### **e) Le projet de loi**

**25.** Le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été déposé en mai 2010, le Gouvernement ayant jugé que les autres options (la médiation et la résolution parlementaire) n'étaient pas suffisamment efficaces, et considéré qu'une interdiction limitée à certains lieux ou circonstances n'aurait pas été adaptée à la défense des principes en cause et aurait été difficile à mettre en œuvre (Projet de loi interdisant

la dissimulation du visage dans l'espace public, étude d'impact, mai 2010).

Le projet de loi contient un « exposé des motifs » ainsi rédigé :

« La France n'est jamais autant elle-même, fidèle à son histoire, à sa destinée, à son image, que lorsqu'elle est unie autour des valeurs de la République : la liberté, l'égalité, la fraternité. Ces valeurs sont le socle de notre pacte social ; elles garantissent la cohésion de la Nation ; elles fondent le respect de la dignité des personnes et de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Ce sont ces valeurs qui sont aujourd'hui remises en cause par le développement de la dissimulation du visage dans l'espace public, en particulier par la pratique du port du voile intégral.

Cette question a donné lieu, depuis près d'un an, à un vaste débat public. Le constat, éclairé par les auditions et le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale, est unanime. Même si le phénomène reste pour l'instant limité, le port du voile intégral est la manifestation communautariste d'un rejet des valeurs de la République. Revenant à nier l'appartenance à la société des personnes concernées, la dissimulation du visage dans l'espace public est porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social.

L'édiction de mesures ponctuelles a été évoquée, qui se traduiraient par des interdictions partielles limitées à certains lieux, le cas échéant à certaines époques ou à l'usage de certains services. Une telle démarche, outre qu'elle se heurterait à d'extrêmes difficultés d'application ne constituerait qu'une réponse insuffisante, indirecte et détournée au vrai problème.

Si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du « vivre ensemble » dans la société française.

La défense de l'ordre public ne se limite pas à la préservation de la tranquillité, de la salubrité ou de la sécurité. Elle permet également de prohiber des comportements qui iraient directement à l'encontre de règles essentielles au contrat social républicain, qui fonde notre société.

La dissimulation systématique du visage dans l'espace public, contraire à l'idéal de fraternité, ne satisfait pas davantage à l'exigence minimale de civilité nécessaire à la relation sociale.

Par ailleurs, cette forme de réclusion publique, quand bien même elle serait volontaire ou acceptée, constitue à l'évidence une atteinte au respect de la dignité de la personne. Au reste, il ne s'agit pas seulement de la dignité de la personne ainsi recluse, mais également de celle des personnes qui partagent avec elle l'espace public et se voient traitées comme des personnes dont on doit se protéger par le refus de tout échange, même seulement visuel.

Enfin, dans le cas du voile intégral, porté par les seules femmes, cette atteinte à la dignité de la personne va de pair avec la manifestation publique d'un refus ostensible de l'égalité entre les hommes et les femmes, dont elle est la traduction.

Consulté sur les instruments juridiques dont disposeraient les pouvoirs publics pour enrayer le développement de ce phénomène, le Conseil d'État a envisagé une approche fondée sur une conception renouvelée de l'ordre public, pris dans sa dimension « non matérielle ».

S'il l'a estimée juridiquement trop novatrice, c'est après avoir toutefois relevé que certaines décisions de justice y font écho, notamment celle par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que les conditions d'une « vie familiale normale » garanties aux étrangers résidant en France pouvaient valablement exclure la polygamie, ou encore la jurisprudence du Conseil d'État lui-même qui permet de prohiber certaines pratiques, même consenties, lorsqu'elles sont contraires à la dignité de la personne. Il doit spécialement en aller ainsi lorsque la pratique en cause, comme

c'est le cas de la dissimulation du visage, ne saurait être regardée comme inséparable de l'exercice d'une liberté fondamentale.

Ce sont les principes mêmes de notre pacte social, solennellement rappelés par l'Assemblée nationale lors de l'adoption à l'unanimité, le 11 mai 2010, de la résolution sur l'attachement au respect des valeurs républicaines, qui interdisent que quiconque soit enfermé en lui-même, coupé des autres tout en vivant au milieu d'eux.

La pratique de la dissimulation du visage qui peut au surplus être dans certaines circonstances un danger pour la sécurité publique, n'a donc pas sa place sur le territoire de la République. L'inaction des pouvoirs publics témoignerait d'un renoncement inacceptable à défendre les principes qui fondent notre pacte républicain.

C'est au nom de ces principes que le présent projet de loi prévoit d'inscrire dans notre droit, à l'issue d'un indispensable temps d'explication et de pédagogie, cette règle essentielle de la vie en société selon laquelle « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». »

**26.** La délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes a donné son soutien au projet (rapport d'information enregistré le 23 juin 2010 ; no 2646) et la Commission des lois a rendu un rapport favorable (enregistré le 23 juin 2010 ; no 2648).

**27.** Le projet de loi a été adopté par l'Assemblée nationale, le 13 juillet 2010, par trois cent trente-cinq voix contre une et trois abstentions, et par le Sénat, le 14 septembre 2010, par deux cent quarante-six voix contre une. Après la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 constatant que la loi était conforme à la Constitution (paragraphe 30, ci-dessous), la loi fut promulguée le 11 octobre 2010.

## *2. Les dispositions pertinentes de la loi no 2010-1192*

**28.** Les articles 1 à 3 (en vigueur depuis le 11 avril 2011) de la loi no 2010-1192 du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » sont ainsi libellés :

### Article 1

« Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage. »

### Article 2

« I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles.

»

### Article 3

« La méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe [soit 150 euros au maximum].

L'obligation d'accomplir le stage de citoyenneté mentionné au 8o de l'article 131-16 du code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende. »

Les modalités de la peine de stage de citoyenneté sont prévues par les articles R. 131-35 à R. 131-44 du code pénal. Ce stage a pour objet de rappeler au condamné les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité de la personne humaine et de lui faire prendre conscience de sa responsabilité pénale et civile ainsi que des devoirs qu'implique la vie en société ; il vise également à favoriser son insertion sociale (article R. 131-35).

**29.** La loi no 2010-1192 (article 4) a par ailleurs introduit la disposition suivante dans le code pénal :

Article 225-4-10

« Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende. »

## **B. La décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010**

**30.** Saisi le 14 septembre 2010 par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a déclaré la loi no 2010-1192 conforme à la Constitution tout en formulant une réserve (considérant 5), par une décision du 7 octobre 2010 (no 2010-613 DC) ainsi rédigée :

« (...) 3. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » ; qu'aux termes de son article 5 : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ; qu'aux termes de son article 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ;

4. Considérant que les articles 1er et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le

législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ;

5. Considérant qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public ; que, sous cette réserve, les articles 1er à 3 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution ;

6. Considérant que l'article 4 de la loi déferée, qui punit d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage, et ses articles 5 à 7, relatifs à son entrée en vigueur et à son application, ne sont pas contraires à la Constitution, (...) ».

### **C. La circulaire du Premier ministre du 2 mars 2011**

**31.** Publiée au journal officiel le 3 mars 2011, la circulaire du Premier ministre du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi no 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public contient les indications suivantes :

« (...) I. Le champ d'application de la loi

1. Les éléments constitutifs de la dissimulation du visage dans l'espace public

La dissimulation du visage dans l'espace public est interdite à compter du 11 avril 2011 sur l'ensemble du territoire de la République, en métropole comme en outre-mer. Cette infraction est constituée dès lors qu'une personne porte une tenue destinée à dissimuler son visage et qu'elle se trouve dans l'espace public ; ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes.

a) La dissimulation du visage

La portée de l'interdiction

Les tenues destinées à dissimuler le visage sont celles qui rendent impossible l'identification de la personne. Il n'est pas nécessaire, à cet effet, que le visage soit intégralement dissimulé.

Sont notamment interdits, sans prétendre à l'exhaustivité, le port de cagoules, de voiles intégraux (burqa, niqab...), de masques ou de tout autre accessoire ou vêtement ayant pour effet, pris isolément ou associé avec d'autres, de dissimuler le visage. Dès lors que l'infraction est une contravention, l'existence d'une intention est indifférente : il suffit que la tenue soit destinée à dissimuler le visage.

Les exceptions légales

L'article 2 de la loi prévoit plusieurs exceptions à l'interdiction de la dissimulation du visage.

En premier lieu, l'interdiction ne s'applique pas « si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires ». Il s'agit par exemple de l'article L. 431-1 du code de la route qui impose le port du casque aux conducteurs de deux-roues à moteur.

En deuxième lieu, l'interdiction ne s'applique pas « si la tenue est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels ». Les motifs professionnels concernent notamment le champ couvert par l'article L. 4122-1 du code du travail aux termes duquel « les instructions de l'employeur précisent, en particulier lorsque la nature des risques le justifie, les conditions d'utilisation des équipements de travail, des moyens de protection, des substances et préparations dangereuses. Elles sont adaptées à la nature des tâches à accomplir ».

Enfin, l'interdiction ne s'applique pas « si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles ». Ainsi les

processions religieuses, dès lors qu'elles présentent un caractère traditionnel, entrent dans le champ des exceptions à l'interdiction posée par l'article 1er. Au titre des pratiques sportives figurent les protections du visage prévues dans plusieurs disciplines.

Les dispositions de la loi du 11 octobre 2010 s'appliquent sans préjudice des dispositions qui interdisent ou réglementent, par ailleurs, le port de tenues dans certains services publics et qui demeurent en vigueur.

Il en est ainsi de la loi no 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (article L. 141-5-1 du code de l'éducation nationale et circulaire d'application du 18 mai 2004). Demeurent également applicables la charte du patient hospitalisé, annexée à la circulaire du 2 mars 2006 relative aux droits des patients hospitalisés, et la circulaire du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

#### b) La définition de l'espace public

L'article 2 de la loi précise que « l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ».

La notion de voies publiques n'appelle pas de commentaire. Il convient de préciser qu'à l'exception de ceux affectés aux transports en commun les véhicules qui empruntent les voies publiques sont considérés comme des lieux privés. La dissimulation du visage, par une personne se trouvant à bord d'une voiture particulière, n'est donc pas constitutive de la contravention prévue par la loi. Elle peut en revanche tomber sous le coup des dispositions du code de la route prévoyant que la conduite du véhicule ne doit pas présenter de risque pour la sécurité publique.

Constituent des lieux ouverts au public les lieux dont l'accès est libre (plages, jardins publics, promenades publiques ...) ainsi que les lieux dont l'accès est possible, même sous condition, dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut remplir cette condition (paiement d'une place de cinéma ou de théâtre par exemple). Les commerces (cafés, restaurants, magasins), les établissements bancaires, les gares, les aéroports et les différents modes de transport en commun sont ainsi des espaces publics.

Les lieux affectés à un service public désignent les implantations de l'ensemble des institutions, juridictions et administrations publiques ainsi que des organismes chargés d'une mission de service public. Sont notamment concernés les diverses administrations et établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les mairies, les tribunaux, les préfetures, les hôpitaux, les bureaux de poste, les établissements d'enseignement (écoles, collèges, lycées et universités), les caisses d'allocations familiales, les caisses primaires d'assurance maladie, les services de Pôle emploi, les musées et les bibliothèques.

2. L'absence de restriction à l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte  
Lorsqu'ils sont ouverts au public, les lieux de culte entrent dans le champ d'application de la loi. Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé que « l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public ».

#### 3. La sanction de la dissimulation du visage

L'article 3 de la loi prévoit que la méconnaissance de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe (d'un montant maximal de 150 euros). Le prononcé de cette amende relève de la compétence des juridictions de proximité.

L'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté peut également être prononcée par les mêmes juridictions, à titre de peine alternative ou de peine complémentaire. Le stage de citoyenneté, adapté à la nature de l'infraction commise, doit notamment permettre de rappeler aux personnes concernées les valeurs républicaines d'égalité et de respect de la dignité humaine.



#### 4. La sanction de l'exercice d'une contrainte

La dissimulation du visage constatée dans l'espace public peut résulter d'une contrainte exercée contre la personne concernée et révéler la commission par un tiers du délit de dissimulation forcée du visage.

Ce délit, prévu à l'article 4 de la loi (créant un nouvel article 225-4-10 du code pénal), est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsque le fait est commis au préjudice d'une personne mineure, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 euros d'amende.

La répression de ces agissements participe de la volonté des pouvoirs publics de lutter vigoureusement contre toutes les formes de discriminations et de violences envers les femmes, qui constituent autant d'atteintes inacceptables au principe d'égalité entre les sexes.

#### II. La conduite à tenir dans les services publics

##### a) Le rôle du chef de service

Dans le cadre des pouvoirs qu'il détient pour assurer le bon fonctionnement de son administration, le chef de service est responsable du respect des dispositions de la loi du 11 octobre 2010 et des mesures mises en œuvre, en particulier l'actualisation des règlements intérieurs, pour assurer son application.

Il lui appartient de présenter et d'expliquer l'esprit et l'économie de la loi aux agents placés sous son autorité, afin que ces derniers se conforment à ses dispositions et puissent veiller, dans les meilleures conditions, à son respect par les usagers du service public.

Il lui appartient également de veiller à ce que l'information adéquate prévue par le Gouvernement sous la forme d'affiches et de dépliants soit mise en place dans les locaux accueillant du public ou ouverts au public.

##### b) Le contrôle de l'accès aux lieux affectés au service public

À compter du 11 avril 2011, les agents chargés d'un service public, qui pouvaient déjà être conduits à demander à une personne de se découvrir ponctuellement pour justifier de son identité, seront fondés à refuser l'accès au service à toute personne dont le visage est dissimulé.

Dans le cas où la personne dont le visage est dissimulé serait déjà entrée dans les locaux, il est recommandé aux agents de lui rappeler la réglementation applicable et de l'inviter au respect de la loi, en se découvrant ou en quittant les lieux. La dissimulation du visage fait obstacle à la délivrance des prestations du service public.

En revanche, la loi ne confère en aucun cas à un agent le pouvoir de contraindre une personne à se découvrir ou à sortir. L'exercice d'une telle contrainte constituerait une voie de fait et exposerait son auteur à des poursuites pénales. Elle est donc absolument proscrite.

En face d'un refus d'obtempérer, l'agent ou son chef de service doit faire appel aux forces de la police ou de la gendarmerie nationales, qui peuvent seules constater l'infraction, en dresser procès-verbal et procéder, le cas échéant, à la vérification de l'identité de la personne concernée. Des instructions particulières sont adressées à cet effet par le ministre de l'intérieur aux agents de la force publique.

Le refus d'accès au service ne pourra faire l'objet d'aménagements que pour tenir compte de situations particulières d'urgence, notamment médicales.

#### III. L'information du public

La période précédant l'entrée en vigueur de l'interdiction de la dissimulation du visage doit être mise à profit pour assurer, selon des modalités adaptées, l'information du public.

##### a) L'information générale

Une affiche, distribuée sous format papier ou en version électronique par les ministères à destination de leurs réseaux respectifs, devra être apposée, de manière visible, dans les lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

Cette affiche énonce que « la République se vit à visage découvert » et que l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public entre en vigueur à compter du 11 avril 2011.

Cette affiche pourra être complétée, au bénéfice des personnes qui souhaitent disposer d'informations plus précises sur les dispositions de la loi, par un dépliant diffusé dans les services sous la même forme et selon les mêmes voies que l'affiche.

À l'attention des voyageurs souhaitant se rendre en France, ce dépliant sera également disponible en langues anglaise et arabe dans les postes consulaires français à l'étranger.

Ces deux documents d'information générale seront également accessibles à l'adresse internet [www.visage-decouvert.gouv.fr](http://www.visage-decouvert.gouv.fr) et complétés sur ce site par une rubrique destinée à apporter des réponses complémentaires aux questions soulevées par l'application de la loi.

b) L'information des personnes directement concernées par la dissimulation du visage

Un dispositif d'information des personnes concernées a été préparé par le ministère de la ville, en coordination avec le ministère des solidarités et de la cohésion sociale et le ministère de l'intérieur.

Ce plan d'information, de sensibilisation et d'accompagnement particulier a pour objet de donner toutes ses chances au dialogue, afin d'amener la petite minorité des personnes qui se dissimulent le visage à respecter l'interdiction posée par le législateur. Ce dialogue n'est pas une négociation ; il a vocation, par un travail d'explication, à amener les personnes concernées à renoncer d'elles-mêmes à une pratique qui heurte les valeurs de la République.

Ce dispositif, qui fait l'objet d'instructions particulières du ministre de la ville, s'appuie notamment sur les associations et les réseaux de proximité en charge des droits des femmes, en particulier le réseau des centres d'information des droits des femmes (CDIFF), les 300 « délégués du préfet » et les adultes relais travaillant dans les quartiers. Sont également mobilisés l'ensemble des acteurs de la médiation sociale, notamment les médiateurs de l'éducation nationale.

L'objectif est de proposer aux personnes qui se dissimulent le visage une information complète sur la loi et un accompagnement personnalisé. (...) »

## **D. Autres circulaires**

**32.** Le 11 mars 2011, le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, a pris une circulaire « relative à la présentation des dispositions relatives à la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public ». Elle est adressée, pour attribution, aux procureurs généraux près les cours d'appel, procureurs de la République près les tribunaux supérieurs d'appel et procureurs de la République et, pour information, aux premiers présidents des cours d'appel et aux présidents des tribunaux supérieurs d'appel et présidents des tribunaux de grande instance notamment. La circulaire procède à une présentation de la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public. Elle contient également des indications sur la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions répressives, relatives à la politique d'action publique dans la constatation et la poursuite de la contravention et à l'organisation des stages de citoyenneté.

**33.** Le 31 mars 2011, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, a adressé aux préfets de police, préfets et hauts-commissaires de la République, une circulaire destinée à « donner des instructions aux agents relevant [de ce ministère], et en particulier aux forces de sécurité intérieure, pour

l'application de la loi du 11 octobre 2010 ». Elle contient notamment des indications sur la notion de dissimulation du visage et sur les lieux dans lesquels l'interdiction s'applique, soulignant en particulier qu'une personne qui se trouve dans un lieu de culte pour la pratique de la religion ne doit pas être verbalisée et « recommand[ant] aux forces de sécurité intérieures d'éviter toute intervention à proximité immédiate d'un lieu de culte qui pourrait être interprétée comme une restriction indirecte à la liberté de culte ».

### **E. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 mars 2013**

**34.** La Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi (no 12-808091) contre un jugement de la juridiction de proximité de Paris du 12 décembre 2011, qui condamnait une femme à effectuer un stage de citoyenneté d'une durée de quinze jour pour avoir porté le voile intégral dans le but de protester contre l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 lors d'une manifestation organisée à cette fin devant le Palais de l'Élysée. Examinant le moyen développé par l'intéressée sur le terrain de l'article 9 de la Convention, la chambre criminelle a, le 5 mars 2013, jugé ce qui suit :

« (...) si c'est à tort que la juridiction de proximité a ignoré la motivation religieuse de la manifestation considérée, le jugement n'encourt pas la censure dès lors que, si l'article 9 de la Convention (...) garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; (...) tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage ; (...) ».

## **III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS**

### **A. La Résolution 1743 (2010) et la Recommandation 1927 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, et le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe**

#### *1. La Résolution 1743 (2010) et la Recommandation 1927 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe*

**35.** Adoptée le 23 juin 2010, la Résolution 1743 (2010) souligne notamment ce qui suit :

« (...) 14. Rappelant sa Résolution 1464 (2005) sur les femmes et la religion en Europe, l'Assemblée invite l'ensemble des communautés musulmanes à abandonner toute interprétation traditionnelle de l'islam qui nie l'égalité entre hommes et femmes, et restreint les droits des femmes, à la fois au sein de la famille et dans la

vie publique. Cette interprétation n'est pas compatible avec la dignité humaine et les normes démocratiques ; les femmes sont égales en tout aux hommes et doivent être traitées en conséquence, sans exception. La discrimination envers les femmes, qu'elle soit fondée sur des traditions religieuses ou non, est contraire aux articles 8, 9 et 14 de la Convention, à l'article 5 de son Protocole no 7, ainsi qu'à son Protocole no 12. Aucun relativisme religieux ou culturel ne saurait être invoqué pour justifier des violations de la personne humaine. L'Assemblée parlementaire exhorte donc les États membres à prendre toutes les mesures nécessaires pour éradiquer l'islamisme radical et l'islamophobie, dont les femmes sont les premières victimes.

15. À cet égard, le port du voile par les femmes, et surtout le port du voile intégral sous la forme de la burqa ou du niqab, est souvent perçu comme un symbole de soumission des femmes aux hommes, qui restreint le rôle des femmes au sein de la société, limite leur vie professionnelle et entrave leurs activités sociales et économiques. Ni le port du voile intégral par les femmes ni même celui du foulard ne sont admis comme une obligation religieuse par tous les musulmans, mais nombre d'entre eux voient ces pratiques comme une tradition sociale et culturelle. L'Assemblée estime que cette tradition pourrait représenter une menace pour la dignité et la liberté des femmes. Aucune femme ne devrait être contrainte de porter une tenue religieuse par sa communauté ou par sa famille. Tout acte d'oppression, de séquestration ou de violence constitue un crime qui doit être puni par la loi. Les femmes victimes de ces crimes doivent être protégées par les États membres, quel que soit leur statut, et bénéficier de mesures de soutien et de réhabilitation.

16. C'est la raison pour laquelle la possibilité d'interdire le port de la burqa et du niqab est envisagée par les parlements de plusieurs pays d'Europe. L'article 9 de la Convention reconnaît à toute personne le droit de choisir librement de porter ou non une tenue religieuse en privé ou en public. Les restrictions légales imposées à cette liberté peuvent se justifier lorsqu'elles s'avèrent nécessaires dans une société démocratique, notamment pour des raisons de sécurité ou lorsque les fonctions publiques ou professionnelles d'une personne lui imposent de faire preuve de neutralité religieuse ou de montrer son visage. Toutefois, l'interdiction générale du port de la burqa et du niqab dénierait aux femmes qui le souhaitent librement le droit de couvrir leur visage.

17. De plus, une interdiction générale pourrait avoir un effet contraire, en poussant les familles et la communauté à faire pression sur les femmes musulmanes pour qu'elles restent chez elles et se limitent à entretenir des contacts avec d'autres femmes. Les femmes musulmanes subiraient une exclusion supplémentaire si elles devaient quitter les établissements d'enseignement, se tenir à l'écart des lieux publics et renoncer au travail hors de leur communauté pour ne pas rompre avec leur tradition familiale. L'Assemblée invite, par conséquent, les États membres à élaborer des politiques ciblées, destinées à sensibiliser les femmes musulmanes à leurs droits, à les aider à prendre part à la vie publique, ainsi qu'à leur offrir les mêmes possibilités de mener une vie professionnelle et de parvenir à une indépendance sociale et économique. À cet égard, l'éducation des jeunes femmes musulmanes, de leurs parents et de leur famille est primordiale. Il est en particulier nécessaire de supprimer toute forme de discrimination à l'encontre des filles et de développer l'éducation en matière d'égalité entre les femmes et les hommes, sans stéréotypes et à tous les niveaux du système d'éducation. (...) ».

**36.** Dans sa Recommandation 1927 (2010) adoptée le même jour, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe demande notamment au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe :

« 3.13. d'inviter les États membres à ne pas adopter une interdiction générale du port du voile intégral ou d'autres tenues religieuses ou particulières, mais à protéger les femmes contre toute violence physique et psychologique ainsi que leur

libre choix de porter ou non une tenue religieuse ou particulière, et de veiller à ce que les femmes musulmanes aient les mêmes possibilités de prendre part à la vie publique et d'exercer des activités éducatives et professionnelles ; les restrictions légales imposées à cette liberté peuvent être justifiées lorsqu'elles s'avèrent nécessaires dans une société démocratique, notamment pour des raisons de sécurité ou lorsque les fonctions publiques ou professionnelles d'une personne lui imposent de faire preuve de neutralité religieuse ou de montrer son visage ».

## *2. Le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*

**37.** Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a publié le « point de vue » suivant (« Droits de l'homme en Europe : la complaisance n'a pas sa place. Points de vue de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe » ; éditions du Conseil de l'Europe, 2011, pp. 44-48) :

« L'interdiction de la burqa et du niqab ne libérerait pas les femmes opprimées mais pourrait, au contraire, aggraver leur exclusion et leur aliénation dans les sociétés européennes. L'interdiction générale du voile intégral est une mesure bien mal inspirée, portant atteinte à la vie privée. En fonction de sa formulation précise, elle peut en outre poser de sérieux problèmes de compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Deux des droits garantis par la Convention sont en jeu dans ce débat sur la tenue vestimentaire : le droit au respect de la vie privée (article 8) et de l'identité personnelle, et le droit de manifester sa religion ou sa conviction « par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » (article 9).

Ces deux articles de la Convention spécifient que les droits qu'ils garantissent ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Les partisans de l'interdiction générale de la burqa et du niqab n'ont pas réussi à démontrer que ces vêtements portaient atteinte d'une manière ou d'une autre à la démocratie et à la sécurité, à l'ordre ou à la morale publics. Leurs thèses sont d'autant moins convaincantes que le nombre de femmes qui portent ces tenues est très faible.

Impossible aussi de prouver que ces femmes sont davantage que d'autres victimes d'une répression tenant à leur condition de femme. Celles qui ont été interviewées par les médias ont expliqué leur choix vestimentaire par divers arguments d'ordre religieux, politique et personnel. Bien sûr, certaines sont peut-être soumises à des pressions mais rien n'indique qu'elles seraient favorables à l'interdiction.

Il ne fait pas de doute que le statut de la femme est un problème grave, qui peut se poser de manière particulièrement aiguë dans certains groupes religieux et qu'il ne faut pas éluder. Toutefois, ce n'est pas en interdisant des vêtements, qui ne sont qu'un symptôme, qu'on y parviendra, d'autant plus que ceux-ci ne sont pas toujours l'expression de convictions religieuses mais d'une identité culturelle plus large.

À juste titre, nous réagissons fortement contre les régimes qui imposent aux femmes le port de ces vêtements. C'est une mesure inacceptable et foncièrement contraire aux articles de la Convention susmentionnés, mais on ne la combattra pas en interdisant ces tenues dans d'autres pays.

Il faut évaluer les conséquences des décisions prises dans ce domaine. Par exemple, la proposition d'interdire la présence de femmes intégralement voilées dans des établissements publics tels que des hôpitaux ou des administrations peut

avoir pour seul résultat de dissuader ces femmes de s'y rendre, ce qui est totalement injuste.

Il est regrettable qu'en Europe le débat public sur la tenue des femmes et sur les implications de certains vêtements en matière de soumission des femmes ait été presque exclusivement centré sur le caractère musulman du vêtement, ce qui a donné l'impression qu'une religion particulière était visée. On a en outre entendu un certain nombre d'arguments clairement islamophobes qui, c'est sûr, ont empêché d'établir des ponts et n'ont pas favorisé le dialogue.

D'ailleurs, cette xénophobie a visiblement pour effet que le port de vêtements dissimulant tout le corps est devenu un moyen de protester contre l'intolérance dans nos sociétés. Le débat maladroit sur l'interdiction de certaines tenues a provoqué des réactions négatives et une polarisation des attitudes.

De manière générale, l'État devrait éviter de légiférer sur le code vestimentaire, sauf dans les cas précis prévus par la Convention. Il est néanmoins légitime d'instaurer une réglementation afin que les représentants de l'État, par exemple les policiers, portent une tenue correcte. Dans certains cas, il faut respecter une neutralité totale excluant les symboles d'appartenance religieuse ou politique. Dans d'autres, une société multiethnique et diverse peut souhaiter souligner et refléter sa diversité dans la tenue de ses agents.

Il est évident qu'une dissimulation totale du visage peut être problématique dans certaines fonctions ou situations. Parfois, l'intérêt général exige que les individus montrent leur visage pour des raisons de sécurité ou à des fins d'identification. Cela ne prête pas à controverse. Mais dans les faits, aucun problème grave de cet ordre n'a été signalé en ce qui concerne les quelques femmes qui portent la burqa ou le niqab.

Un problème connexe a fait débat en Suède. Un sans-emploi de confession musulmane s'est vu supprimer son allocation chômage parce qu'il avait refusé, en invoquant des motifs religieux, de serrer la main d'une femme qui l'avait reçu pour un entretien d'embauche.

Un tribunal, auquel l'ombudsman contre la discrimination avait transmis ses conclusions, a estimé que la décision de l'agence pour l'emploi était discriminatoire et que l'homme devait être indemnisé. Bien que conforme aux normes des droits de l'homme, cette décision a fait polémique dans l'opinion publique.

Des problèmes de ce type surviendront probablement de plus en plus dans les prochaines années. Il est sain qu'ils donnent lieu à des discussions ouvertes, à condition que l'islamophobie n'y ait pas sa place. Il faudrait toutefois élargir ce débat afin de promouvoir la compréhension entre personnes de coutumes, de cultures et de religions différentes. La diversité et le multiculturalisme sont – et doivent rester – des valeurs européennes essentielles.

Cela peut nécessiter de s'interroger davantage sur le sens du mot « respect ». Dans le débat sur les caricatures prétendument antimusulmanes publiées au Danemark en 2005, on a entendu à de nombreuses reprises que le respect des croyants s'opposait à la protection de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de Strasbourg a analysé cette alternative dans la fameuse affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* : « Ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion [...] ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi. »

Dans le même arrêt, la Cour indique qu'il faut aussi prendre en compte le risque que le droit des croyants – comme de tout autre individu – au respect de leurs opinions soit violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse. La Cour conclut que « de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique ».

Politiquement, tout l'enjeu pour l'Europe est de promouvoir la diversité et le respect des croyances d'autrui tout en protégeant la liberté d'expression. Si le port du voile intégral est considéré comme l'expression d'une opinion particulière, alors la question qui se pose ici est celle d'un conflit possible entre des droits similaires ou identiques – bien que considérés sous deux angles totalement différents.

L'Europe s'efforce de protéger les traditions de tolérance et de démocratie. Lorsque des conflits concernant des droits opposent des individus ou des groupes, il ne faudrait pas percevoir la situation de manière négative mais plutôt y voir une occasion de célébrer cette richesse qu'est la diversité et de chercher des solutions qui respectent les droits de toutes les parties concernées.

À mon avis, l'interdiction de la burqa et du niqab serait une aussi mauvaise chose que l'aurait été la condamnation des caricaturistes danois. Elle ne correspondrait pas aux valeurs européennes. Employons-nous plutôt à promouvoir le dialogue multiculturel et le respect des droits de l'homme. »

## **B. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies**

**38.** Dans son observation générale no 22, relative à l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (liberté de pensée, de conscience et de religion), adoptée le 20 juillet 1993, le Comité des droits de l'homme souligne ce qui suit :

« (...) 4. La liberté de manifester une religion ou une conviction peut être exercée « individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé ». La liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement englobe des actes très variés. (...) L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que (...) le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs (...).

8. Le paragraphe 3 de l'article 18 n'autorise les restrictions apportées aux manifestations de la religion ou des convictions que si lesdites restrictions sont prévues par la loi et sont nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Aucune restriction ne peut être apportée à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction en l'absence de toute contrainte ni à la liberté des parents et des tuteurs d'assurer à leurs enfants une éducation religieuse et morale. En interprétant la portée des clauses relatives aux restrictions autorisées, les États parties devraient s'inspirer de la nécessité de protéger les droits garantis en vertu du Pacte, y compris le droit à l'égalité et le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur les motifs spécifiés aux articles 2, 3 et 26. Les restrictions imposées doivent être prévues par la loi et ne doivent pas être appliquées d'une manière propre à vicier les droits garantis par l'article 18. Le Comité fait observer que le paragraphe 3 de l'article 18 doit être interprété au sens strict : les motifs de restriction qui n'y sont pas spécifiés ne sont pas recevables, même au cas où ils le seraient, au titre d'autres droits protégés par le Pacte, s'agissant de la sécurité nationale, par exemple. Les restrictions ne doivent être appliquées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites et doivent être en rapport direct avec l'objectif spécifique qui les inspire et proportionnelles à celui-ci. Il ne peut être imposé de restrictions à des fins discriminatoires ni de façon discriminatoire. Le Comité fait observer que la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses; en conséquence, les restrictions apportées à la liberté de manifester une religion ou une conviction pour protéger la morale doivent être fondées sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique. Les personnes déjà soumises à certaines contraintes légitimes, telles que les prisonniers, continuent de jouir de leur droit de manifester leur religion ou leurs convictions dans toute la mesure compatible avec la nature de ces contraintes.

Dans leurs rapports, les États parties devraient donner des informations détaillées sur la portée et les effets des restrictions prévues au paragraphe 3 de l'article 18 et appliquées tant dans le cadre de la loi que dans des circonstances particulières. (...) ».

Il indique également ceci dans son observation générale no 28, relative à l'article 3 (égalité des droits entre hommes et femmes), adoptée le 29 mars 2000 :

« (...) 13. [Les règles vestimentaires imposées aux femmes dans les lieux publics] peuvent constituer une violation de plusieurs droits garantis par le Pacte, comme par exemple l'article 26, relatif à la non-discrimination ; l'article 7, au cas où un châtiment corporel est prévu pour imposer ce type de règles ; l'article 9, lorsque le non-respect de la règle est puni par la mise en état d'arrestation ; l'article 12, si la liberté de mouvement est subordonnée à pareille contrainte ; l'article 17, qui stipule que nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée ; les articles 18 et 19, lorsque les femmes sont soumises à des règles vestimentaires qui ne sont pas conformes à leur religion ou ne respectent pas leur droit à l'expression ; et enfin, l'article 27, lorsque les règles vestimentaires sont en contradiction avec la culture dont la femme peut se prévaloir. (...) ».

Le Comité des droits de l'homme a également adopté des observations générales sur la liberté de circulation (observation générale no 27) et sur la liberté d'opinion et la liberté d'expression (observation générale no 34).

**39.** Le Comité des droits de l'homme a par ailleurs examiné plusieurs affaires dans lesquelles des individus dénonçaient des mesures restreignant le port d'habits ou signes ayant une connotation religieuse. Il a par exemple conclu, « en l'absence de justification fournie par l'État partie », à la violation de l'article 18 § 2 du Pacte dans le cas de l'exclusion d'une étudiante de l'université où elle était inscrite en raison de son refus d'ôter le hijab (foulard) qu'elle portait pour se conformer à ses croyances (Raihon Hudoyberganova c. Ouzbékistan, communication no 931/2000, 18 janvier 2005). Il ne s'est toutefois pas à ce jour prononcé sur la question de l'interdiction générale du port du voile intégral en public.

#### IV. LA SITUATION DANS D'AUTRES PAYS EUROPÉENS

**40.** À ce jour, seule la Belgique a adopté une loi comparable à la loi française du 11 octobre 2010, que la Cour constitutionnelle a jugée compatible avec le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (paragraphe 41-42 ci-dessous). Cependant, la question de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public est ou a été débattue dans plusieurs autres États européens. Une interdiction générale demeure envisagée dans certains. Ainsi, notamment, un projet de loi dans ce sens a été déposé en Italie ; s'il n'a pas abouti à ce jour, il semble que la discussion n'est pas close. En Suisse, l'Assemblée fédérale a rejeté en septembre 2012 une initiative du canton d'Argovie tendant à interdire le port dans les lieux publics de vêtements couvrant l'intégralité ou une



grande partie du visage, mais les Tessinois ont voté le 23 septembre 2013 pour une interdiction de ce type (le texte doit toutefois être validé par l'Assemblée fédérale). Cette option est également discutée aux Pays-Bas, nonobstant des avis défavorables du Conseil d'État (paragraphe 49-52 ci-dessous). Il convient de plus de relever que le Tribunal suprême espagnol s'est prononcé sur la légalité d'une interdiction de cette nature (paragraphe 42-47).

## **A. La loi belge du 1er juin 2011 et l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 6 décembre 2012**

**41.** Une loi « visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » a été adoptée en Belgique le 1er juin 2011. Elle a inséré la disposition suivante dans le code pénal :

« Art. 563bis. Seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables.

Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa 1er, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives. »

**42.** Cette loi a fait l'objet de recours en annulation devant la Cour constitutionnelle sur le fondement notamment de l'article 9 de la Convention. La Cour constitutionnelle a rejeté ces recours par un arrêt du 6 décembre 2012, retenant en particulier ce qui suit :

« (...) B.17. Il ressort de l'exposé de la proposition qui est à l'origine de la loi attaquée (...) que le législateur a entendu défendre un modèle de société qui fait prévaloir l'individu sur ses attaches philosophiques, culturelles et religieuses en vue de favoriser l'intégration de tous et faire en sorte que les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales que sont le droit à la vie, le droit à la liberté de conscience, la démocratie, l'égalité de l'homme et de la femme ou encore la séparation de l'Église et de l'État.

(...) les travaux préparatoires de la loi attaquée font apparaître que trois objectifs ont été poursuivis : la sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du « vivre ensemble » dans la société.

B.18. De tels objectifs sont légitimes et entrent dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 9 de la Convention (...) que constituent le maintien de la sûreté publique, la défense de l'ordre ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui.

B.19. La Cour doit encore examiner si les conditions de nécessité dans une société démocratique et de proportionnalité par rapport aux objectifs légitimes poursuivis sont remplies.

B.20.1. Il ressort des travaux préparatoires de la loi attaquée que l'interdiction du port d'un vêtement dissimulant le visage a notamment été dictée par des raisons de sécurité publique. À cet égard, ces travaux font état de la commission d'infractions par des personnes dont le visage était dissimulé (...).

B.20.2. L'article 34, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police habilite les fonctionnaires de police à contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels

ou de circonstances de temps et de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle pourrait troubler l'ordre public ou qu'elle l'a troublé. Ce contrôle d'identité pourrait être entravé si la personne concernée avait le visage dissimulé et refusait de coopérer à un tel contrôle. En outre, les personnes qui ont le visage dissimulé ne seraient en général pas ou difficilement reconnaissables si elles commettaient des infractions ou troublaient l'ordre public.

B.20.3. Ce n'est pas non plus parce qu'un comportement n'aurait pas encore pris une ampleur de nature à mettre l'ordre social ou la sécurité en péril que le législateur ne serait pas autorisé à intervenir. Il ne peut lui être reproché d'anticiper en temps utile un tel risque en réprimant des comportements lorsqu'il est établi que la généralisation de ceux-ci entraînerait un danger réel.

B.20.4. Compte tenu de ce qui précède, le législateur pouvait estimer que l'interdiction de dissimuler le visage dans les lieux accessibles au public est nécessaire pour des raisons de sécurité publique.

B.21. Le législateur a également motivé son intervention par une certaine conception du « vivre ensemble » dans une société fondée sur des valeurs fondamentales qui, à son estime, en découlent.

L'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. Compte tenu des valeurs essentielles qu'il entend défendre, le législateur a pu considérer que la circulation dans la sphère publique, qui concerne par essence la collectivité, de personnes dont cet élément fondamental de l'individualité n'apparaît pas, rend impossible l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société. Si le pluralisme et la démocratie impliquent la liberté de manifester ses convictions notamment par le port de signes religieux, l'État doit veiller aux conditions dans lesquelles ces signes sont portés et aux conséquences que le port de ces signes peut avoir. Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique.

B.22. Quant à la dignité de la femme, ici encore, le législateur a pu considérer que les valeurs fondamentales d'une société démocratique s'opposent à ce que des femmes soient contraintes de dissimuler leur visage sous la pression de membres de leur famille ou de leur communauté et soient privées ainsi, contre leur gré, de la liberté de disposer d'elles-mêmes.

B.23. Toutefois, (...) le port du voile intégral peut correspondre à l'expression d'un choix religieux. Ce choix peut être guidé par diverses motivations aux significations symboliques multiples.

Même lorsque le port du voile intégral résulte d'un choix délibéré dans le chef de la femme, l'égalité des sexes, que le législateur considère à juste titre comme une valeur fondamentale de la société démocratique, justifie que l'État puisse s'opposer, dans la sphère publique, à la manifestation d'une conviction religieuse par un comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme. Comme la Cour l'a relevé en B.21, le port d'un voile intégral dissimulant le visage prive, en effet, la femme, seule destinataire de ce prescrit, d'un élément fondamental de son individualité, indispensable à la vie en société et à l'établissement de liens sociaux.

B.24. La Cour doit encore examiner si le recours à une sanction de nature pénale en vue de garantir le respect de l'interdiction que la loi prévoit n'a pas des effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis.

B.25.1. La disposition attaquée a été insérée dans le Code pénal, dans la catégorie des contraventions de quatrième classe, et prévoit une peine d'amende de quinze à

vingt-cinq euros et un emprisonnement d'un jour à sept jours ou une de ces peines seulement.

En application des articles 564 et 565 du Code pénal, lorsque le contrevenant a déjà été condamné, dans les douze mois précédents, pour la même contravention, le tribunal est autorisé à prononcer, indépendamment de l'amende, un emprisonnement pendant douze jours au plus.

L'article 566 du même Code permet la réduction de l'amende au-dessous de cinq euros, sans qu'elle puisse, en aucun cas, être inférieure à un euro lorsqu'il existe des circonstances atténuantes. (...)

B.28. Dès lors que l'individualisation des personnes, dont le visage est un élément fondamental, constitue une condition essentielle au fonctionnement d'une société démocratique dont chaque membre est un sujet de droit, le législateur a pu considérer que dissimuler son visage pouvait mettre en péril le fonctionnement de la société ainsi conçue et devait, partant, être pénalement réprimé.

B.29.1. Sous réserve de ce qui est mentionné en B.30, en ce qu'elle s'adresse aux personnes qui, librement et volontairement, dissimulent leur visage dans les lieux accessibles au public, la mesure attaquée n'a pas d'effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère. La circonstance que la peine puisse être plus lourde en cas de récidive ne mène pas à une autre conclusion. Le législateur a pu, en effet, estimer que le contrevenant qui est condamné pour un comportement pénalement réprimé ne réitérera pas ce comportement, sous la menace d'une sanction plus lourde.

B.29.2. Pour le surplus, il y a lieu d'observer, en ce qui concerne les personnes qui dissimuleraient leur visage sous la contrainte, que l'article 71 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'auteur des faits a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

B.30. La loi attaquée prévoit une sanction pénale à l'égard de toute personne qui, sauf dispositions légales contraires, se présente le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'elle ne soit pas identifiable, dès lors qu'il s'agit de lieux accessibles au public. Il serait manifestement déraisonnable de considérer que ces lieux doivent s'entendre comme incluant les lieux destinés au culte. Le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux, tels que le voile qui couvre intégralement le visage dans de tels lieux, ne pourrait faire l'objet de restrictions sans que cela porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de manifester ses convictions religieuses.

B.31. Sous réserve de cette interprétation, [le moyen n'est pas fondé] . (...) ».

## **B. L'arrêt du Tribunal suprême espagnol du 6 février 2013**

**43.** Le 8 octobre 2010, l'*Ayuntamiento* (mairie) de Lérida – à l'instar d'autres mairies – a adopté un amendement à l'*ordenanza municipal de civismo y convivencia* (règlement municipal général sur le civisme et la vie ensemble), autorisant des *reglamentos* (règlements spécifiques) à limiter ou interdire l'accès aux espaces ou locaux municipaux dédiés au service public aux personnes portant le voile intégral, des passe-montagnes, des casques intégraux ou d'autres vêtements ou accessoires qui empêchent ou gênent l'identification et la communication visuelle. Le même jour, elle a modifié dans ce sens ses règlements spécifiques relatifs aux archives municipales, aux locaux municipaux et aux transports en commun.

**44.** Invoquant notamment l'article 16 de la Constitution – relatif à la liberté d'opinion, de religion et de culte – et se référant à l'article 9 de la Convention, une association a vainement saisi le Tribunal supérieur de Justice de Catalogne d'un recours en annulation.

**45.** Statuant en cassation, le Tribunal suprême a cassé l'arrêt du Tribunal supérieur de Justice de Catalogne et annulé les modifications apportées au règlement municipal général et aux règlements spécifiques relatifs aux archives municipales et aux locaux municipaux.

**46.** Dans son arrêt du 6 février 2013 (no 693/2013 ; pourvoi no 4118/2011), il rappelle tout d'abord qu'en droit constitutionnel espagnol, les droits fondamentaux ne peuvent être limités que par une loi au sens formel.

**47.** Il considère ensuite que c'est à tort que le Tribunal supérieur de Justice de Catalogne a retenu que ces limitations poursuivaient des buts légitimes et étaient nécessaires dans une société démocratique, tout en précisant qu'il n'entendait pas préjuger d'une éventuelle intervention législative. Sur le premier point, il estime que, contrairement aux conclusions de cette juridiction, on ne peut retenir au titre des « buts légitimes », la protection de la « tranquillité publique », de la « sécurité publique » ou de l'« ordre public » dans la mesure où il n'est pas démontré que le port du voile intégral porte atteinte à ces intérêts. Il considère qu'il en va de même de la « protection des droits et liberté d'autrui » puisque le terme « autrui » ne vise pas la personne qui subit une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la liberté de religion mais vise des tiers. Sur le second point, il marque son désaccord avec la conclusion du Tribunal supérieur de Justice de Catalogne selon laquelle, qu'il soit ou non volontaire, le port du voile intégral se concilie difficilement avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, lequel s'inscrit parmi les valeurs des sociétés démocratiques. Le Tribunal suprême estime en effet que le caractère volontaire ou non du port du voile intégral est déterminant, dès lors qu'il n'est pas possible de limiter une liberté constitutionnelle en se fondant sur la supposition que les femmes qui le portent le font sous la contrainte. Il en déduit que les limitations en cause ne peuvent passer pour nécessaires dans une société démocratique. Enfin, renvoyant à des travaux de doctrine, il indique que l'interdiction du port du voile intégral aurait pour conséquence l'isolement des femmes concernées et générerait une discrimination à leur encontre, et serait donc incompatible avec l'objectif d'intégration sociale des groupes issus de l'immigration.

**48.** Le Tribunal suprême a en revanche jugé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la modification du règlement spécifique relatif aux transports en commun. Il a en effet constaté qu'elle se bornait à obliger les usagers bénéficiant d'abonnements à tarifs réduits à s'identifier ponctuellement, ce qui ne constitue pas une limitation des droits fondamentaux.

### C. L'avis du Conseil d'État néerlandais du 28 novembre 2011

**49.** Le Conseil d'État néerlandais a rendu quatre avis – tous négatifs – sur quatre projets ou propositions de lois distincts qui se rapportaient plus ou moins directement à l'interdiction de porter le voile intégral en public. Le premier, rendu le 21 septembre 2007, concernait une proposition de loi portant explicitement interdiction de porter la burqa, le second, rendu le 6 mai 2008 (non publié), concernait une proposition de loi portant interdiction de porter des vêtements couvrant le visage, le troisième, rendu le 2 décembre 2009 (non publié), concernait un projet de loi portant interdiction de porter de tels vêtements dans les établissements scolaires. Adopté le 28 novembre 2011 et publié le 6 février 2012, le quatrième avis concernait un projet de loi qui visait à interdire, sous peine de sanctions pénales, de porter dans l'espace public et les lieux accessibles au public (sauf ceux ayant une destination religieuse) des habits couvrant complètement le visage, ne laissant découverts que les yeux ou ne permettant pas l'identification.

**50.** Le gouvernement néerlandais justifiait ce dernier projet d'interdiction par la nécessité de garantir une communication ouverte – essentielle à l'interaction sociale –, la sécurité et le « sentiment de sécurité » (*veiligheidsgevoel*) du public, ainsi que par la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes.

**51.** Dans son avis du 28 novembre 2011, le Conseil d'État indique tout d'abord ne pas être convaincu par l'utilité et la nécessité d'une telle interdiction. Il observe que le gouvernement ni ne spécifie en quoi le port d'un vêtement couvrant le visage est fondamentalement incompatible avec l'« ordre social » (*maatschappelijke orde*), ni ne démontre un besoin social impérieux (*dringende maatschappelijke behoefte*) justifiant une interdiction générale, ni n'indique en quoi la réglementation existante, qui permet des interdictions spécifiques jugées jusque-là adéquates, est insuffisante, ni n'explique pourquoi le fait de porter un tel vêtement, qui peut être fondé sur des motifs religieux, doit tomber sous le coup du droit pénal. S'agissant de l'argument tiré de l'égalité entre les hommes et les femmes, le Conseil d'État considère qu'il n'appartient pas au gouvernement de faire obstacle au choix de porter la burqa ou le niqab pour des motifs religieux, ce choix devant être laissé aux femmes concernées. Il ajoute qu'une interdiction générale ne serait d'aucune utilité si l'objectif est de lutter contre le fait de contraindre autrui à porter la burqa ou le niqab. Enfin, le Conseil d'État retient que le sentiment subjectif d'insécurité ne peut justifier une interdiction générale au titre de l'ordre social ou de l'ordre public (*de maatschappelijke of de openbare orde*).

**52.** Le Conseil d'État indique ensuite qu'au vu de ces éléments, le projet n'est pas compatible avec le droit à la liberté de religion. Selon lui l'interdiction générale de porter des habits couvrant le visage ne répond

pas à un besoin social impérieux et n'est donc pas nécessaire dans une société démocratique.

## EN DROIT

### I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

#### A. Qualité de victime de la requérante

**53.** Le Gouvernement met en cause la qualité de victime de la requérante. Il souligne à cet égard qu'elle n'apporte pas d'élément démontrant qu'elle est de confession musulmane et qu'elle souhaite porter le voile intégral pour des raisons religieuses, ne prétend pas avoir été verbalisée pour avoir porté le voile intégral dans un lieu public et n'apporte pas d'élément indiquant qu'elle le portait avant l'entrée en vigueur de la loi. Il se dit en outre perplexe quant à la gravité pour elle des conséquences de l'interdiction, étant donné qu'elle indique s'abstenir de porter le voile intégral en public en cas d'obstacles pratiques, dans le cadre de sa vie professionnelle ou lorsqu'elle souhaite rencontrer des gens en public, et ne le porter que lorsque son humeur introspective, ses sentiments spirituels, ou un souhait de se recentrer sur les questions religieuses le commandent. Selon lui, la requête relève de l'actio popularis. Il ajoute que le concept de « victime potentielle » met à mal l'obligation d'épuiser les voies de recours internes et qu'une application extensive de celui-ci pourrait avoir des effets fortement déstabilisant pour le système de la Convention : cela serait contraire à l'intention des rédacteurs de celle-ci et augmenterait considérablement le nombre de requérants potentiels. Selon lui, si des circonstances très exceptionnelles peuvent, dans certains cas très particuliers, être prises en compte par la Cour pour étendre la notion de victime, cela ne doit pas conduire à renverser le principe selon lequel seuls ceux dont les droits ont été effectivement et concrètement atteints peuvent prétendre à cette qualité.

**54.** La requérante estime qu'elle rentre dans la catégorie des « victimes potentielles ». Elle rappelle en particulier à cet égard que dans les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* (22 octobre 1981, série A no 45), *Norris c. Irlande* (26 octobre 1988, série A no 142) et *Modinos c. Chypre* (22 avril 1993, série A no 259), la Cour a reconnu la qualité de victimes à des homosexuels en raison de l'existence même de lois prévoyant des sanctions pénales pour des actes sexuels consentis entre personnes de même sexe, au motif que le choix qui s'offrait à eux était soit de s'abstenir du comportement interdit, soit de s'exposer à des poursuites, alors même que ces lois n'étaient presque jamais appliquées. Elle observe que, dans l'affaire *S.L. c. Autriche* (no 45330/99, CEDH 2003-I (extraits)) la Cour a même reconnu la qualité de victime à un mineur de 17 ans qui dénonçait une législation interdisant les actes homosexuels entre adultes et mineurs alors que seuls les adultes s'exposaient à des poursuites et qu'il n'y avait en fait pas de poursuites.

Elle souligne que sa foi est un élément essentiel de son être, qu'elle est une pratiquante assidue et que le port du voile est fondamental pour elle, et juge le Gouvernement malvenu à exiger qu'elle prouve qu'elle est musulmane et qu'elle souhaite porter le voile pour des raisons religieuses. Elle déclare ne pas voir quelles preuves elle pourrait fournir, et observe qu'il aurait été étrange d'attendre des requérants dans les affaires précitées qu'ils prouvent leur homosexualité. Elle ajoute qu'il ne peut y avoir aucun doute sur le fait que l'islam comporte une école de pensée qui exige des femmes qu'elles voilent leur visage en public, et qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il n'appartient pas au Gouvernement d'évaluer la légitimité de la manière dont elle manifeste sa religion. D'après elle, à supposer même qu'il puisse y avoir des doutes quant au fait qu'elle portait le voile intégral avant l'entrée en vigueur de la loi, elle est victime de la loi dès lors qu'elle l'empêche, sous peine de sanctions, de le porter en public quand elle le souhaite : elle l'atteint directement du fait qu'elle est une femme musulmane croyante qui se couvre le visage en public.

**55.** La Cour observe que cette exception vise avant tout la qualité de victime de la requérante au regard de l'article 9 de la Convention. Elle rappelle à cet égard que, tel qu'il est garanti par cette disposition, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ne vaut certes que pour les convictions qui atteignent un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. Cependant, dès lors que cette condition est remplie, le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées (voir *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, § 81, CEDH 2013, ainsi que les références qui y sont indiquées).

Il est vrai également qu'un acte inspiré, motivé ou influencé par une religion ou des convictions ne constitue une « manifestation » de celles-ci au sens de l'article 9 de la Convention que s'il est étroitement lié à la religion ou aux convictions dont il est question. Tel est le cas par exemple des actes de culte ou de dévotion qui relèvent de la pratique d'une religion ou de convictions sous une forme généralement reconnue. Toutefois, la « manifestation » d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type : l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre un acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. En particulier, il n'est pas requis de celui ou celle qui soutient qu'un acte relève de son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions qu'il établisse qu'il ou elle a agi conformément à un commandement de la religion en question (voir *Eweida et autres*, précité, § 82, ainsi que les références qui y sont indiquées).

**56.** L'on ne saurait donc exiger de la requérante, ni qu'elle prouve qu'elle est musulmane pratiquante, ni qu'elle démontre que c'est sa foi qui lui dicte de porter le voile intégral. Ses déclarations suffisent à cet égard, dès lors qu'il ne fait pas de doute qu'il s'agit là pour certaines musulmanes d'une manière de vivre leur religion et que l'on peut y voir une « pratique » au sens de l'article 9 § 1 de la Convention. La circonstance que cette pratique est minoritaire (paragraphe 16 ci-dessus) est sans effet sur sa qualification juridique.

**57.** Ensuite, certes, la requérante ne prétend pas avoir été condamnée – ni même verbalisée ou contrôlée – pour avoir porté le voile intégral dans l'espace public. Un particulier peut cependant soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution, et donc se dire « victime » au sens de l'article 34, s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation (voir, notamment, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A no 31, § 27, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A no 112, § 42, *Norris*, précité, § 31, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], no 13378/05, § 34, CEDH 2008, et *Michaud c. France*, no 12323/11, CEDH 2012, §§ 51-52 ). Tel est le cas au regard de la loi du 11 octobre 2010 des femmes qui, comme la requérante, résident en France et souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses. Elles se trouvent de ce fait devant un dilemme comparable *mutatis mutandis* à celui que la Cour avait identifié dans les arrêts *Dudgeon* et *Norris* précités (§ 41 et §§ 30-34 respectivement) : soit elles se plient à l'interdiction et renoncent ainsi à se vêtir conformément au choix que leur dicte leur approche de leur religion ; soit elles ne s'y plient pas et s'exposent à des sanctions pénales (voir aussi *Michaud* précité, § 52).

**58.** Il y a donc lieu de rejeter l'exception.

## **B. Épuisement des voies de recours internes**

**59.** Le Gouvernement soutient qu'en l'absence de toute procédure interne, il doit être conclu que la requête est irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours internes.

**60.** La requérante rappelle que les requérants ne sont pas tenus d'épuiser les voies de recours internes qui seraient inefficaces ou inutiles.

**61.** Selon la Cour, cette question est dénuée de pertinence dans le contexte du système légal français dès lors qu'elle a conclu que la requérante peut se dire victime en l'absence de mesure individuelle. Surabondamment, elle observe que, s'il est vrai que les griefs dont elle est saisie n'ont pas été préalablement examinés par les juridictions internes dans le cadre de recours exercés par la requérante, le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 7 octobre 2010 en faveur de la



conformité de la loi avec (notamment) la liberté de religion (paragraphe 30 ci-dessus). La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est également prononcée : dans un arrêt du 5 mars 2013, rendu dans le contexte d'une procédure à laquelle la requérante était étrangère, elle a rejeté un moyen tiré de l'article 9 au motif que la loi du 11 octobre 2010 visait, conformément au second paragraphe de cette disposition, à « protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage » (paragraphe 34 ci-dessus). On peut d'ailleurs voir dans ce dernier arrêt une indication selon laquelle, si la requérante avait été condamnée sur le fondement de cette loi et s'était ensuite pourvue en cassation au moyen d'une violation de l'article 9, son pourvoi aurait été rejeté. Il convient donc de rejeter l'exception.

### **C. Abus du droit de recours individuel**

**62.** Le Gouvernement dénonce un « détournement du droit de recours individuel ». Il souligne qu'il s'agit en l'espèce d'une « argumentation totalement désincarnée, présentée le jour même de l'entrée en vigueur de l'interdiction par une requérante n'ayant fait l'objet d'aucun début de procédure au niveau national et dont on ne sait rien, si ce n'est ce qu'elle veut bien dire de ses opinions religieuses et de leur traduction aléatoire en matière de comportement ». Il observe en outre que deux autres requêtes très semblables dans le fond comme dans la forme ont été déposées par les mêmes avocats britanniques que ceux qui représentent la requérante. Il estime qu'« il est permis de s'interroger sur la réalité du dossier », ajoutant que « l'on se situe loin d'un usage normal du droit de recours individuel » dès lors qu'il s'agit d'une *actio popularis*.

**63.** Selon la requérante, cette thèse doit être rejetée pour les mêmes raisons que celles qui militent en faveur du rejet de celle selon laquelle elle ne pourrait prétendre à la qualité de victime.

**64.** Le Gouvernement semble vouloir dire que la requérante fait office de prête-nom. La Cour a pris en compte ses observations sur ce point. Elle souligne toutefois que son greffe a vérifié le nom et l'adresse qui figurent sur la requête et s'est assuré que les avocats qui l'ont rédigée produisent des pouvoirs les désignant signés par l'intéressée.

**65.** Pour le reste, le Cour estime qu'il convient d'examiner la thèse du Gouvernement sous l'angle de l'article 35 § 3 a), aux termes duquel la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle qu'elle estime « abusive ».

**66.** La Cour rappelle à cet égard que la mise en œuvre de cette disposition est une « mesure procédurale exceptionnelle », et que la notion d'« abus » doit être comprise dans son sens ordinaire, à savoir, le fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa

finalité d'une manière préjudiciable (*Mirojubovs et autres c. Lettonie*, no 798/05, § 62, 15 septembre 2009). Sur ce dernier point, la Cour a précisé que le « comportement abusif » du requérant qu'elle exige doit non seulement être manifestement contraire à la vocation du droit de recours mais aussi entraver le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle (même arrêt, § 65).

**67.** La Cour a fait application de cette disposition dans quatre cas de figures (voir *Mirojubovs et autres* précité, §§ 62-66). Premièrement, dans le cas de requêtes qui se fondaient délibérément sur des faits controuvés en vue de la tromper (*Varbanov c. Bulgarie*, no 31365/96, § 36, CEDH 2000-X), qu'il y ait eu falsification des documents du dossier (voir, par exemple, *Jian c. Roumanie* (déc.), no 46640/99, 30 mars 2004) ou omission de l'informer d'un élément essentiel pour l'examen de l'affaire (voir, par exemple, *Al-Nashif c. Bulgarie*, no 50963/99, § 89, 20 juin 2002, et *Kérétchachvili c. Géorgie* (déc.), no 5667/02, 2 mai 2006) ou de nouveaux développements importants survenus au cours de la procédure (voir, par exemple, *Predescu c. Roumanie*, no 21447/03, §§ 25-27, 2 décembre 2008). Deuxièmement, dans des cas où le requérant avait utilisé, dans sa communication avec la Cour, des expressions particulièrement vexatoires, outrageantes, menaçantes ou provocatrices (voir, par exemple, *Řehák c. République tchèque* (déc.), no 67208/01, 18 mai 2004). Troisièmement, dans des cas où le requérant avait intentionnellement méconnu la confidentialité des négociations relatives au règlement amiable (voir, par exemple, *Hadrabová et autres c. République tchèque* (déc.), nos 42165/02 et 466/03, 25 septembre 2007, et *Deceuninck c. France* (déc.), no 47447/08, 13 décembre 2011). Quatrièmement, dans des cas de requérants qui avaient multiplié des requêtes chicanières et manifestement mal fondées, analogues à leur requête déjà déclarée irrecevable dans le passé (*Anibal Vieira & Filhos LDA et Maria Rosa Ferreira da Costa LDA c. Portugal* (déc.), nos 980/12 et 18385/12, 13 novembre 2012 ; voir aussi les décisions de la Commission *M. c. Royaume-Uni*, no 13284/87, 15 octobre 1987 et *Philis c. Grèce*, no 28970/95, 17 octobre 1996). La Cour a de plus précisé que, même si une requête inspirée par un désir de publicité ou de propagande n'est pas, de ce seul fait, abusive, il en va autrement si le requérant, mû par des intérêts d'ordre politique, accorde à la presse ou à la télévision des entretiens montrant une attitude irresponsable et frivole à l'égard de la procédure pendante devant la Cour (*Mirojubovs et autres* précité, § 66).

**68.** La Cour constate tout d'abord que la présente requête ne correspond à aucun de ces cas. Ensuite, à supposer qu'il faille considérer qu'une requête qui relève de l'*actio popularis* est de ce fait « manifestement contraire à la vocation du droit de recours », elle renvoie à sa conclusion relative à la qualité de victime de la requérante, dont il découle qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une *actio popularis* (paragraphes 57-58 ci-dessus). Enfin, elle ne décèle en l'espèce aucun élément de nature à la conduire à considérer que, par son comportement, la requérante aurait entravé le

bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle. Prenant également en compte le fait que l'irrecevabilité d'une requête au motif de son caractère abusif relève de l'exception, le Cour conclut au rejet de l'exception préliminaire du Gouvernement.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

**69.** La requérante se plaint du fait que, dès lors que le port dans l'espace public d'une tenue destinée à dissimuler le visage est interdit par la loi sous peine d'une sanction pénale, revêtir le voile intégral dans l'espace public l'exposerait à un risque non seulement de sanctions mais aussi de harcèlement et de discrimination, constitutif d'un traitement dégradant. Elle invoque l'article 3 de la Convention, aux termes duquel :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Elle se plaint également d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 de la Convention, l'article 14 étant ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

**70.** La Cour estime que le minimum de gravité que doit atteindre un mauvais traitement pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 162, série A no 25) n'est pas atteint en l'espèce. Elle en déduit que le grief tiré de cette disposition est manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Il en résulte par ailleurs que les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'article 3 de la Convention (voir, par exemple, *X et autres c. Autriche* [GC], no 19010/07, § 94, CEDH 2013), de sorte que l'article 14 de la Convention ne peut être invoqué en combinaison avec cette disposition.

**71.** Partant, cette partie de la requête est irrecevable et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

## III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

**72.** La requérante se plaint du fait que l'interdiction légale de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public la prive de la possibilité de revêtir le voile islamique intégral dans l'espace public. Elle dénonce une violation de son droit à la liberté d'association ainsi qu'une discrimination dans l'exercice de ce droit. Elle invoque, pris isolément et

combiné avec l'article 14 de la Convention précité, l'article 11, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.  
2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État. »

**73.** La Cour constate que la requérante n'indique pas en quoi l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2012 porterait atteinte à son droit à la liberté d'association et génèrerait à son détriment une discrimination dans la jouissance de ce droit. Elle en déduit que, non-étayée, cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention (voir, par exemple, *Özer c. Turquie* (no 2), no 871/08, § 36, 26 janvier 2010) et, comme telle, irrecevable. Il convient donc de la rejeter en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8, 9 ET 10 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉS AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

**74.** La requérante dénonce pour les mêmes raisons une violation de son droit au respect de sa vie privée, de son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions et de son droit à la liberté d'expression, ainsi qu'une discrimination dans l'exercice de ces droits. Elle invoque les articles 8, 9 et 10 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14 précité, les premières de ces dispositions étant ainsi libellées :

##### Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.  
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

##### Article 9

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.  
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection

de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

#### Article 10

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

### **A. Sur la recevabilité**

**75.** La Cour constate que ces griefs ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

### **B. Sur le fond**

#### *1. Arguments des parties*

##### **a) La requérante**

**76.** La requérante indique qu'elle est née au Pakistan et que sa famille s'inscrit dans une tradition culturelle sunnite dans laquelle il est coutumier et respectueux pour les femmes de porter le voile intégral en public. Elle considère qu'elle subit une grave ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 9 dès lors que la loi du 11 octobre 2010, qui vise à interdire aux femmes musulmanes de porter le voile intégral dans les lieux publics, l'empêche de manifester sa foi, de la vivre et de l'observer en public. Elle ajoute que, si cette ingérence est « prévue par la loi », elle ne poursuit aucun des buts légitimes énumérés au second paragraphe de cette disposition et n'est pas « nécessaire » « dans une société démocratique ».

**77.** La requérante estime tout d'abord que l'on ne peut retenir que cette ingérence a pour but légitime la « sécurité publique » alors qu'il ne s'agit pas d'une mesure destinée à répondre à des préoccupations de sécurité concrètes dans des lieux à haut risque tels que les aéroports, mais d'une interdiction générale couvrant presque tout l'espace public. Quant à la thèse du Gouvernement selon laquelle elle viserait au respect des exigences minimales de la vie en société dès lors que l'exposition réciproque des visages serait fondamentale dans la société française, la

requérante objecte qu'elle néglige de prendre en compte les pratiques culturelles des minorités qui n'adhèrent pas forcément à cette philosophie et le fait qu'il existe des modes de communication autres que visuels, et que cela n'a de toute façon rien à voir avec l'application de sanctions pénales dans le but d'empêcher que l'on se voile le visage en public. Elle considère par ailleurs que l'affirmation du Gouvernement selon laquelle le fait pour les femmes de se couvrir le visage est incompatible avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes est simpliste. Elle fait valoir que, d'après une thèse féministe consacrée, le port du voile dénote souvent une émancipation des femmes, leur affirmation de soi et leur participation à la société, et que pour ce qui la concerne, il ne s'agit pas de faire plaisir aux hommes mais à elle-même et d'obéir à sa conscience. Ensuite, on ne saurait soutenir que le port du voile revient à refuser aux femmes concernées le droit d'exister en tant que personnes dans l'espace public alors que dans la majorité des cas il s'agit d'un libre choix dénué de surcroît de toute connotation prosélyte. Elle ajoute que d'autres États membres ayant une forte population musulmane n'interdisent pas le port du voile intégral dans les lieux publics. Elle juge par ailleurs ironique qu'une idée abstraite d'égalité des sexes aille à l'encontre du choix profondément personnel des femmes qui décident de se voiler et souligne que les sanctionner aggrave l'inégalité que l'on prétend combattre. Enfin, elle considère que prétendre que l'interdiction a pour but légitime le « respect de la dignité des personnes » revient à l'asseoir sur la supposition abstraite, stéréotypée et révélatrice d'une logique machiste, que la femme voilée est « effacée ».

**78.** Au chapitre de la « nécessité », la requérante fait valoir qu'une société réellement libre est une société qui peut accueillir une grande variété de convictions, de goûts, d'activités, de coutumes et de comportements, et qu'il n'appartient pas aux États de décider de la validité de convictions religieuses. Selon elle l'interdiction et la criminalisation du port du voile intégral en public envoient un message sectaire et constituent un obstacle à la socialisation des femmes concernées. Elle indique que le Comité des droits de l'homme a retenu dans son observation générale no 28 que réglementer les vêtements susceptibles de pouvoir être portés par les femmes en public peut mettre à mal le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes et, dans la décision *Raihon Hudoyberganova c. Ouzbekistan* précitée, que la liberté de manifester sa religion englobe le droit de porter en public des vêtements ou une tenue conforme à sa foi ou à sa religion. Elle souligne en outre que, s'il est vrai que la loi du 11 octobre 2010 a été adoptée à la quasi-unanimité, les affaires *Dudgeon*, *Norris* et *Modinos* précitées montrent qu'une mesure peut bénéficier d'un large soutien politique sans pour autant être « nécessaire » « dans une société démocratique ».

Par ailleurs, à supposer que les buts poursuivis soient légitimes, l'interdiction critiquée ne peut remplir cette condition alors qu'ils pourraient être atteints par des moyens moins contraignants. Ainsi, pour

répondre aux questions de sécurité publique, il suffirait de recourir à des contrôles d'identité dans les endroits à haut risques, comme dans les cas examinés par la Cour dans les affaires *Phull c. France* (déc.) (no 35753/03, ECHR 2005-I) et *El Morsli c. France* (déc.) (no 15585/06, 4 mars 2008). Quant à la volonté de garantir le respect de la dignité des personnes, elle ne saurait exempter de peser les intérêts concurrents : ceux des membres du public qui désapprouvent le port du voile ; ceux des femmes voilées, qui, comme elle, se trouvent contraintes de choisir entre agir contre leurs convictions, rester chez elles ou enfreindre la loi. Or les droits des secondes seraient bien plus lourdement affectés que ceux des premiers. Selon la requérante, considérer comme le fait le Gouvernement qu'il est nécessaire de criminaliser non seulement le fait d'obliger quelqu'un à se voiler mais aussi le fait de se voiler par choix au motif que les femmes peuvent hésiter à dénoncer ceux qui les y contraignent et que la contrainte peut être diffuse, revient à ignorer la situation et la motivation des femmes qui choisissent de se voiler et donc à abandonner toute recherche de proportionnalité. Plus encore qu'une attitude paternaliste, il y aurait là une intention de punir les femmes que l'on prétend pourtant protéger de pressions patriarcales. Enfin, la requérante juge sans pertinence les remarques du Gouvernement selon lesquelles la liberté de se vêtir conformément à son choix reste très large en France et l'interdiction ne vaut pas dans les lieux de culte ouverts au public, dès lors que ses convictions lui imposent précisément de se couvrir le visage et que le droit de manifester sa foi ne se limite pas aux lieux de culte et doit pouvoir s'exercer en public.

**79.** Selon la requérante, l'impossibilité de porter le voile intégral en public dans laquelle la met la loi du 11 octobre 2010 s'analyse aussi en une violation de son droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention. Sa vie privée serait atteinte pour trois raisons. Premièrement parce que le port du voile intégral est un élément important de son identité socio-culturelle. Deuxièmement, parce que, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (no 59320/00, §§ 50 et 69, CEDH 2004-VI), il existe une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée, et que la protection de la vie privée au titre de l'article 8 va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale. Troisièmement, parce que si elle sort de chez elle en portant le voile intégral, elle rencontrera probablement de l'hostilité et s'exposera à des sanctions pénales. Ainsi, obligée de le retirer lorsqu'elle sort et ne pouvant le porter que chez elle, « comme si elle était en prison », elle se trouverait forcée d'adopter une « personnalité à la *Jekyll* et *Hyde* ».

Ensuite, renvoyant pour l'essentiel à ses observations relatives à l'article 9 de la Convention, la requérante soutient que cette ingérence ne poursuit aucun des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention. Elle ajoute qu'à supposer que l'un d'eux puisse être retenu, l'ingérence dénoncée ne pourrait passer pour nécessaire dans une société

démocratique, d'autant moins que les exigences du second paragraphe de l'article 8 seraient à cet égard plus strictes que celles du second paragraphe de l'article 9.

**80.** La requérante soutient en outre que l'interdiction de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public, qui, sans aucun doute, cible la burqa, génère une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, fondée sur le sexe, la religion et l'origine ethnique au détriment des femmes musulmanes qui, comme elle, portent le voile islamique intégral. Il s'agit d'après elle d'une discrimination indirecte entre les femmes musulmanes dont les convictions exigent qu'elles portent le voile intégral et les autres femmes musulmanes, ainsi qu'entre celles-ci et les hommes musulmans. L'exception que prévoit la loi, selon laquelle l'interdiction ne s'applique pas si la tenue s'inscrit dans le cadre de « fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles », serait également discriminante en ce qu'elle conduirait à favoriser la majorité chrétienne : elle permettrait aux chrétiens de porter en public une tenue dissimulant leur visage dans le cadre de fêtes ou célébrations chrétiennes (processions religieuses catholiques, carnivals ou rituels tels que le père Noël) alors que les femmes musulmanes désirant porter le voile intégral en public demeureraient sous le coup de l'interdiction même durant le mois du Ramadan.

## **b) Le Gouvernement**

**81.** Le Gouvernement admet que, bien que formulée de manière générale, l'interdiction prévue par la loi du 11 octobre 2010 peut être vue comme une « restriction », au sens de l'article 9 § 2 de la Convention, à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions. Il estime toutefois que cette restriction poursuit des buts légitimes et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ceux-ci.

**82.** D'après lui, le premier de ces buts est d'assurer la « sécurité publique » : l'interdiction répondrait à la nécessité d'identifier tout individu afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Le second de ces buts relèverait de la « protection des droits et libertés d'autrui ». Il s'agirait d'assurer « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Le Gouvernement renvoie à cet égard à trois valeurs. Il s'agit tout d'abord du respect des exigences minimales de la vie en société. Selon le Gouvernement, le visage joue un rôle important dans l'interaction entre les êtres humains : c'est par lui plus que par toute autre partie du corps que s'exprime l'existence de l'individu en tant que personne unique, et que se reconnaît son humanité partagée avec son interlocuteur en même temps que son altérité. La dissimulation du visage dans l'espace public aurait ainsi pour effet de rompre le lien social et de manifester un refus du « vivre ensemble ». Il s'agit ensuite du respect de l'égalité entre hommes et femmes, dès lors que considérer que les femmes doivent



dissimuler leur visage dans l'espace public pour la seule raison qu'elles sont des femmes revient à nier leur droit d'exister en tant qu'individu et à réserver l'expression de leur individualité à l'espace privé familial ou à un espace exclusivement féminin. Enfin, il s'agit du respect de la dignité des personnes, dans la mesure où les femmes ainsi vêtues se trouvent pour ainsi dire « effacées » de l'espace public. Or, selon le Gouvernement, qu'un tel effacement soit souhaité ou subi, il est déshumanisant et peut donc difficilement être considéré comme conforme à la dignité de la personne humaine.

Sur la question de l'égalité entre les hommes et les femmes, le Gouvernement juge très surprenantes les déclarations de la requérante selon lesquelles le voile intégral traduirait souvent l'émancipation des femmes qui le portent, leur affirmation de soi et leur participation à la société, et déclare ne pas souscrire à la présentation extrêmement positive qu'elle et les organisations non gouvernementales intervenantes font de cette pratique. Il déclare par ailleurs prendre acte des rapports d'études produits par deux des tiers intervenants, dont il ressort que les femmes qui portent ou portaient le voile intégral le feraient ou l'auraient fait sans contrainte et n'auraient le cas échéant abandonné cette pratique qu'en raison de l'hostilité de la population. Il observe toutefois que ces études n'ont été menées qu'auprès d'un très petit nombre de femmes (vingt-sept dans un cas, trente-deux dans l'autre) recrutées selon la méthode « boule de neige ». Or cette méthode serait peu fiable dès lors qu'elle consiste à cibler quelques personnes correspondant au sujet d'étude puis à identifier d'autres personnes par leur biais, et conduit ainsi à sélectionner des individus ayant une communauté de vue. Il en déduit que ces rapports ne donnent qu'un aperçu très partiel de la réalité et que leur pertinence scientifique est sujette à caution.

**83.** S'agissant de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction, le Gouvernement fait valoir que la loi du 11 octobre 2010 a été adoptée à l'unanimité des suffrages exprimés (moins une voix) tant par le Sénat que par l'Assemblée nationale, à l'issue d'un large débat démocratique impliquant notamment la société civile. Il souligne que l'interdiction dont il est question est extrêmement limitée quant à son objet puisque seule la dissimulation du visage est interdite, quel qu'en soit le motif, chacun restant libre, dans cette seule limite, de porter dans l'espace public un vêtement destiné à exprimer une conviction religieuse. Il ajoute qu'elle est nécessaire à la défense des principes qui ont motivé son adoption. Il indique à cet égard que se borner à sanctionner le fait de contraindre autrui à dissimuler son visage aurait manqué d'efficacité parce que les femmes concernées peuvent hésiter à le dénoncer et qu'il peut s'agir d'une contrainte diffuse. Il rappelle ensuite que la Cour reconnaît aux États une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de rechercher un équilibre entre l'intérêt privé et les intérêts publics ou lorsqu'un intérêt privé entre en conflit avec d'autres droits protégés par la Convention (il se réfère à cet égard à l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* [GC] ; no 6339/05, §

77, CEDH 2007-I). Il considère de plus que les sanctions dont l'interdiction est assortie sont légères, s'agissant d'une amende de 150 EUR ou d'un stage de citoyenneté. Il ajoute que tant le Conseil constitutionnel que la Cour de cassation ont reconnu le caractère « nécessaire » de la loi.

**84.** Quant à l'article 8 de la Convention, le Gouvernement indique ne pas être convaincu que cette disposition s'applique, dans la mesure où l'interdiction du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage ne vaut que dans l'espace public et que l'on ne saurait considérer que l'intégrité physique ou l'intimité de la personne sont en jeu. Soulignant que l'argumentation de la requérante relève de toute façon davantage de la liberté de manifester ses convictions ou sa religion et donc de l'article 9, il renvoie à l'argumentation qu'il a développée sur ce terrain quant à la justification de l'ingérence et à son caractère proportionné.

**85.** Enfin, le Gouvernement juge la requérante « particulièrement mal venue à s'estimer victime de discrimination en raison de son sexe » alors que l'un des objectifs essentiels de la loi critiquée est de lutter contre la discrimination de ce type que constitue l'effacement de la femme de l'espace public par le biais du port du voile intégral. Il estime que l'assertion selon laquelle la loi repose sur un stéréotype voulant que les femmes musulmanes sont soumises est infondée et caricaturale. D'une part, parce que la loi ne vise pas les femmes musulmanes. D'autre part, parce que l'effacement social manifesté par le port de la burqa ou du niqab est « difficilement compatible avec l'affirmation d'une existence sociale ». Or, d'après lui, on ne saurait tirer de l'article 14 de la Convention un droit de se mettre soi-même en situation de discrimination. Quant à l'argument selon lequel l'un des effets de la loi serait de dissuader les intéressées de se rendre dans l'espace public et de les confiner chez elles, il serait particulièrement inopérant en l'espèce, la requérante indiquant ne revêtir le voile intégral que volontairement et occasionnellement.

Le Gouvernement ajoute que la loi ne crée pas non plus une discrimination au détriment des femmes musulmanes. Il rappelle à cet égard que la pratique du voile intégral est récente et très peu courante en France, et a été critiquée à de nombreuses reprises par d'importantes personnalités musulmanes. Il indique en outre que l'interdiction s'applique que la motivation de la dissimulation du visage soit ou non religieuse et quel que soit le sexe de la personne. Enfin, il souligne que le fait que certaines personnes qui entendent adopter des comportements qu'ils justifient par leurs convictions, qu'elles soient religieuses ou non, ne puissent le faire en raison d'une interdiction posée par la loi, ne saurait être en soi considéré comme discriminatoire, dès lors que l'interdiction repose sur une base raisonnable et reste proportionnée à l'objectif poursuivi. Il renvoie sur ce point à ses développements précédents.

## 2. Arguments des tiers intervenants

### a) Le Gouvernement belge

**86.** Le Gouvernement intervenant fait valoir que le port du voile intégral ne répond pas à une prescription coranique mais à une coutume minoritaire de la péninsule arabique.

**87.** Il indique de plus qu'une loi interdisant le port de tout « vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » a été adoptée en Belgique le 1er juin 2011 et est entrée en vigueur le 23 juillet 2011. Il précise que la Cour constitutionnelle belge a rejeté les deux recours constitutionnels exercés contre cette loi par un arrêt du 6 décembre 2012 – tout en émettant une réserve à propos des lieux de culte –, retenant que le port de tels vêtements posait un problème de sécurité, constituait un obstacle au droit des femmes à l'égalité et à la dignité et, plus fondamentalement, mettait en danger les conditions mêmes du vivre ensemble. Il estime qu'il n'appartient pas aux individus de s'arroger, à la faveur de leurs libertés individuelle ou religieuse, le pouvoir de décider quand ils accepteraient de se découvrir dans l'espace public, l'appréciation des exigences de sécurité publique devant nécessairement être déléguée aux autorités publiques. Il note ensuite que le droit des femmes à l'égalité et à la dignité est invoqué de part et d'autre, et admet que le port du voile intégral n'est pas nécessairement l'expression d'une soumission aux hommes. Il considère toutefois que le droit à l'isolement a ses limites, que les codes vestimentaires qui règnent dans nos sociétés sont le produit d'un consensus sociétal et le fruit d'un compromis entre les libertés individuelles et les codes d'interaction en société, et que les personnes qui portent un vêtement dissimulant leur visage donnent aux autres le signal qu'elles ne veulent pas participer de manière active à la société et sont de ce fait déshumanisées. Selon lui, l'une des valeurs qui constituent les bases du fonctionnement de la société démocratique est qu'un échange actif entre les individus soit possible.

**88.** Le Gouvernement intervenant souligne que le législateur belge a entendu défendre un modèle de société faisant prévaloir l'individu sur ses attaches philosophiques, culturelles ou religieuses, en vue de favoriser l'intégration de tous et de faire en sorte que les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales telles que la démocratie, l'égalité entre les hommes et les femmes ou encore la séparation de l'Église et de l'État. Il renvoie à l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge en ce qu'il retient que, dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un vêtement dissimulant le visage, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique. Il ajoute que le législateur belge a opté pour la

sanction pénale la plus légère (l'amende) et – renvoyant également à l'arrêt de la Cour constitutionnelle –, que la circonstance qu'afin de ne pas circuler le visage non dissimulé certaines femmes resteraient chez elles, résulte de leur choix plutôt que d'une contrainte illégitime qui leur serait imposée par la loi. Enfin, il estime que les lois française et belge ne sont pas discriminatoires puisqu'elles ne visent pas spécifiquement le voile intégral et s'appliquent à toute personne qui porte un attribut dissimulant son visage en public, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme et que le motif soit religieux ou autre.

## **b) L'organisation non gouvernementale *Amnesty International***

**89.** L'intervenante fait valoir que le droit de porter des habits à connotation religieuse est protégé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qu'il relève du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et du droit à la liberté d'expression. Elle ajoute que le Pacte prévoit des exceptions semblables à celles admises par les articles 9 et 10 de la Convention, et soutient que le droit international public requiert qu'elles soient interprétées similairement d'un instrument à l'autre. Elle invite en conséquence la Cour à prendre en compte les observations générales nos 22, 27 et 34 du Comité des droits de l'homme ainsi que sa jurisprudence (paragraphe 38 ci-dessus).

**90.** L'intervenante ajoute que le droit à la non-discrimination est garanti par tous les instruments internationaux et régionaux de protection des droits fondamentaux, qu'une interprétation homogène s'impose là-aussi et qu'il ressort notamment du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes que les États ont l'obligation de prendre des mesures effectives permettant de remédier aux comportements discriminatoires. Elle renvoie de plus aux observations générales nos 22 et 28 du Comité des droits de l'homme. Elle met en outre en exergue le risque de discrimination croisée : les femmes peuvent souffrir d'une forme spécifique de discrimination en raison de la combinaison du facteur sexe avec d'autres facteurs tels que la religion, laquelle trouve notamment son expression dans le fait de stéréotyper certaines catégories de femmes. Elle souligne aussi que des restrictions au port du foulard ou du voile peuvent affecter le droit de travailler, le droit à l'éducation et le droit à l'égalité devant la loi, et peuvent encourager le harcèlement et la violence.

**91.** Selon l'intervenante, supposer que les femmes qui portent certains types d'habits le font parce qu'elles y sont contraintes relève d'un stéréotype sexiste ou religieux ; mettre fin à la discrimination requerrait une approche bien plus nuancée.

### **c) L'organisation non gouvernementale ARTICLE 19**

**92.** L'intervenante souligne que le port d'habits ou signes religieux relève du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté de religion et de pensée, et renvoie à l'observation générale no 28 du Comité des droits de l'homme. Elle renvoie également à la décision *Hudoyberganova c. Ouzbékistan* (précitée) de ce même Comité, dans laquelle il a retenu que la liberté de chacun de manifester sa religion comprend le droit de porter en public les habits ou attributs que l'on juge conforme à sa religion ou à sa foi et qu'empêcher une personne de porter un habit religieux peut constituer une violation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle se réfère également à l'observation générale no 34 du Comité, relative à la liberté d'opinion et d'expression. Elle ajoute que, dans son rapport de 2006, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction propose des lignes directrices pour évaluer la nécessité et la proportionnalité de restrictions au port de signes ou habits religieux et recommande aux administrations et juridictions amenées à procéder à une telle évaluation de poser les questions suivantes : la restriction dont il est question est-elle appropriée au vu de l'intérêt légitime qu'elle vise à protéger, est-elle la moins restrictive, procède-t-elle d'une balance des intérêts en présence, est-elle de nature à stimuler l'intolérance religieuse et évite-t-elle la stigmatisation d'une communauté religieuse particulière ?

**93.** L'intervenante observe ensuite que, comme l'a relevé le rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction dans son rapport intérimaire de 2011, l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe est souvent invoquée en faveur de la prohibition du voile intégral, alors qu'une telle prohibition peut conduire à des discriminations croisées au détriment des femmes musulmanes. Selon elle, cela peut être contreproductif en ce que cela peut avoir pour effet de confiner les femmes concernées chez elles, de les exclure de la vie publique et de les marginaliser, et d'exposer les musulmanes à des violences physiques et verbales. Elle constate en outre que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, notamment, a recommandé aux États membres de ne pas opter pour une interdiction générale du port du voile intégral en public.

**94.** D'après l'intervenante, les standards internationaux relatifs au droit à la liberté d'expression, au droit à la liberté d'opinion et de religion et au droit à un traitement égal et à la non-discrimination ne permettent pas de prohiber de manière générale le fait de se couvrir le visage en public.

### **d) Le centre des droits de l'homme de l'université de Gand**

**95.** L'intervenant souligne que les lois française et belge interdisant de dissimuler le visage en public ont été adoptées sur la base de la supposition que les femmes qui portent le voile intégral le font pour la plupart sous la contrainte, expriment ainsi leur volonté de ne pas interagir

avec les autres membres de la société et représentent une menace pour la sécurité publique. Or une recherche empirique réalisée sous son égide en Belgique auprès de vingt-sept femmes qui portent ou ont porté le voile intégral (E. Brems, Y. Janssens, K. Lecoyer, S. Ouald Chaib et V. Vandersteen, *Wearing the Face Veil in Belgium: Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium Concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*), à laquelle s'ajoutent des travaux effectués en France par les fondations *Open Society* (voir le paragraphe 104 ci-dessous) et aux Pays-Bas par le Professeur A. Moors, démontreraient que cette supposition est erronée.

**96.** D'après l'intervenant, ces travaux montrent que l'interdiction ne permet pas d'atteindre ses objectifs : elle a pour effet de confiner les femmes concernées chez elles, ce qui les isole et affecte leur vie sociale et leur autonomie, et d'encourager les agressions contre elles. Il estime en outre qu'elle est disproportionnée, parce que l'espace public est défini très largement, que les problèmes liés à la sécurité publique peuvent être réglés par l'obligation ponctuelle de s'identifier en montrant son visage et qu'il y a dans la société moderne de nombreuses modalités de communication qui ne nécessitent pas que chacun voit le visage de l'autre.

97. Selon l'intervenant, outre le fait qu'elle porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de religion, l'interdiction génère une discrimination indirecte et croisée, fondée sur la religion et le sexe, valide des stéréotypes et méconnaît le fait que les femmes voilées constituent un groupe minoritaire vulnérable qui nécessite une attention particulière.

98. Enfin, l'intervenant invite la Cour à examiner cette affaire à la lumière de la montée de l'islamophobie dans plusieurs pays européens. Elle considère que l'adoption et la mise en œuvre d'une interdiction totale de se couvrir le visage en public sont d'autant plus dommageables qu'elles se sont accompagnées d'un discours politique focalisant sur les femmes portant le voile islamique intégral qui a renforcé les stéréotypes négatifs et l'islamophobie.

#### **e) L'organisation non gouvernementale *Liberty***

**99.** L'intervenante observe que la loi du 11 octobre 2010, bien que formulée en termes neutres, vise le port de la burqa, et s'applique dans tout l'espace public, et que les femmes concernées se trouvent devant le choix difficile de soit rester chez elles, soit retirer leur voile. Elle rappelle que la Convention est le fruit des atrocités qui ont marqué la seconde guerre mondiale, que ce sont les horreurs commises contre les juifs qui ont motivé l'inclusion du droit à la liberté de religion dans la liste des droits fondamentaux et qu'il y a eu depuis d'autres crimes contre l'humanité commis pour des raisons – en partie tout au moins – religieuses. Elle ajoute qu'il y a un lien étroit entre religion et race.

**100.** L'intervenante souligne ensuite que la réglementation générale de l'habillement des femmes en public est susceptible non seulement de contrevenir à de nombreux droits fondamentaux mais aussi de violer des instruments internationaux et régionaux tels que la convention cadre pour la protection des minorités nationales. S'agissant de la Convention, elle estime que les articles 8, 9, 10 et 14 sont en jeu. Elle juge que les trois éléments indiqués dans l'exposé des motifs du projet de loi pour justifier cette interdiction ne sont pas convaincants. Elle expose en outre que la loi d'interdiction et le débat autour de cette question stimule la stigmatisation des musulmans et encourage les attitudes racistes à leur encontre.

**101.** En conclusion, l'intervenante observe que, si de nombreuses féministes notamment considèrent que le voile intégral abaisse les femmes, affecte leur dignité et est une expression du patriarcat, d'autres y voient un symbole de leur foi. Selon elle, on ne peut régler cette controverse en obligeant les femmes qui se sentent tenues de le porter à rester chez elles sous peine de sanctions ; cela ne libère pas les femmes et, très vraisemblablement, encourage l'islamophobie.

**f) L'organisation non gouvernementale *Open Society Justice Initiative***

**102.** L'intervenante souligne que l'interdiction du voile intégral est critiquée au sein du Conseil de l'Europe et que seules la France et la Belgique ont opté pour une mesure générale de ce type. Elle souligne que, bien que les lois française et belge soient neutres dans leur rédaction, le processus dont elles sont issues montre qu'elles visent spécifiquement le niqab et la burqa.

**103.** L'intervenante relève ensuite que la loi française a pour but la préservation de la sécurité publique, de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la laïcité. Elle fait valoir à cet égard qu'un raisonnement fondé sur l'ordre public peut facilement dissimuler l'intolérance lorsque la liberté de religion est en jeu. Renvoyant en particulier à l'arrêt *Palau-Martinez c. France* (no 64927/01, § 43, CEDH 2003-XII) elle ajoute que les États ne peuvent invoquer cette notion pour justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention que dans la mesure où ils établissent qu'il y a une atteinte concrète à l'ordre public. S'agissant de la protection de l'égalité entre les hommes et les femmes, elle note qu'un tel objectif repose sur la supposition que le port du voile est contraint et désavantage les femmes concernées, alors qu'aucun des éléments examinés dans le cadre du processus législatif ne l'indique.

**104.** L'intervenante renvoie en outre au rapport d'une étude réalisée en France sous l'égide des fondations Open Society auprès de trente-deux femmes portant le voile intégral, intitulé *Unveiling the Truth ; Why 32 Muslim Women Wear the Full-Face Veil in France* et publié en avril 2011.

Elle signale qu'il en ressort notamment que les femmes interrogées ne portaient pas le voile sous la contrainte, que beaucoup avaient décidé de le faire contre l'avis de leur famille, qu'un tiers ne le portaient pas tous les jours et de manière permanente et que la majorité maintenait une vie sociale active. Il en ressortirait également que l'interdiction a provoqué le mécontentement de ces femmes et est la cause d'une perte d'autonomie, et que le discours public dont elle s'est accompagnée a encouragé les agressions verbales et physiques de membres du public contre elles. L'intervenante produit en outre un rapport de suivi établi en septembre 2013. Elle indique qu'il en ressort que la majorité des femmes concernées continuent de porter le voile intégral, ceci parce qu'il s'agit pour elles d'exprimer leurs convictions religieuses. Elle ajoute que le rapport met en évidence un impact important de l'interdiction sur leurs vies personnelles et familiales. Elle signale en outre que le rapport indique que toutes les femmes interrogées déclarent que leur sécurité personnelle s'est dégradée depuis l'interdiction et font état d'un harcèlement et parfois d'agressions physiques résultant d'un climat encourageant le public à agir contre les femmes qui portent le voile intégral.

**105.** En conclusion, l'intervenante soutient qu'il y a un consensus européen contre l'interdiction du port du voile intégral en public. Elle insiste en outre sur le fait que des interdictions totales sont disproportionnées lorsque des mesures moins intrusives sont possibles, que des justifications tirées de l'ordre public doivent être concrètement fondées, que les mesures prises dans le but de promouvoir l'égalité doivent être objectivement et raisonnablement justifiées et limitées dans le temps et que celles qui visent à garantir la laïcité doivent être strictement nécessaires.

### *3. Appréciation de la Cour*

#### **a) Sur la violation alléguée des articles 8 et 9 de la Convention**

**106.** L'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage pose des questions au regard du droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention) des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons tenant de leurs convictions, ainsi qu'au regard de leur liberté de manifester celles-ci (article 9 de la Convention).

**107.** La Cour estime en effet que les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée. Elle en a déjà jugé ainsi s'agissant du choix de la coiffure (*Popa c. Roumanie* (déc.), no 4233/09, 18 juin 2013, §§ 32-33 ; voir aussi la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sutter c. Suisse*, no 8209/78 du 1er mars 1979). Elle estime, à l'instar de la Commission (voir, en particulier, les décisions *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, no 8317/78, 15 mai 1980, § 83, Décisions et rapports (DR)



20 et *Kara c. Royaume-Uni*, no 36528/97, 22 octobre 1998), qu'il en va de même du choix des vêtements. Une mesure émanant d'une autorité publique limitative d'un choix de ce type est donc en principe constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention (voir la décision *Kara* précitée). Il en résulte que l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage qu'édicte la loi du 11 octobre 2010 relève de l'article 8 de la Convention.

**108.** Ceci étant dit, pour autant que cette interdiction est mise en cause par des personnes qui, telles la requérante, se plaignent d'être en conséquence empêchées de porter dans l'espace public une tenue que leur pratique d'une religion leur dicte de revêtir, elle soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions (voir, en particulier, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, no 41135/98, § 35, 23 février 2010). La circonstance que cette pratique est minoritaire et apparaît contestée (paragrapes 56 et 85 ci-dessus) est sans pertinence à cet égard.

**109.** La Cour examinera donc cette partie de la requête sous l'angle de l'article 8 et de l'article 9, mais en mettant l'accent sur la seconde de ces dispositions.

*i. Sur l'existence d'une « restriction » ou d'une « ingérence »*

**110.** Comme la Cour l'a souligné précédemment (paragraphe 57 ci-dessus), la loi du 11 octobre 2010 met la requérante devant un dilemme comparable à celui qu'elle avait identifié dans les arrêts *Dudgeon et Norris* : soit elle se plie à l'interdiction et renonce ainsi à se vêtir conformément au choix que lui dicte son approche de sa religion ; soit elle ne s'y plie pas et s'expose à des sanctions pénales. Elle se trouve ainsi, au regard de l'article 9 de la Convention comme de l'article 8, dans une situation similaire à celle des requérants *Dudgeon* et *Norris*, dans le cas desquels la Cour a constaté une « ingérence permanente » dans l'exercice des droits garantis par la seconde de ces dispositions (arrêts précités, §§ 41 et 38 respectivement ; voir aussi, notamment, *Michaud*, précité, § 92). Il y a donc en l'espèce une « ingérence » ou une « restriction » dans l'exercice des droits protégés par les articles 8 et 9 de la Convention.

**111.** Pour être compatibles avec les seconds paragraphes de ces dispositions, pareilles restriction ou ingérence doivent être « prévue[s] par la loi », inspirées par un ou plusieurs des buts légitimes qu'ils énumèrent et « nécessaire[s] », « dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts.

*ii. « Prévues par la loi »*

**112.** La Cour constate que la restriction dont il s'agit est prévue par les articles 1, 2 et 3 de la loi du 11 octobre 2010 (paragraphe 28 ci-dessus). Elle relève en outre que la requérante ne conteste pas que ces dispositions remplissent les critères établis par la jurisprudence de la Cour relative aux articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention.

*iii. But légitime*

**113.** La Cour rappelle que l'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive (voir, notamment, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, no 77703/01, § 132, 14 juin 2007, et *Nolan et K. c. Russie*, no 2512/04, § 73, 12 février 2009). Pour être compatible avec la Convention, une restriction à cette liberté doit notamment être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère. La même approche s'impose sur le terrain de l'article 8 de la Convention.

**114.** La pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention (voir, par exemple, précités, *Leyla Şahin*, § 99, et *Ahmet Arslan et autres*, § 43). Toutefois, en l'espèce, la teneur des objectifs invoqués à ce titre par le Gouvernement et fortement contestés par la requérante, commande un examen approfondi. La requérante estime en effet que l'immixtion dans l'exercice de la liberté de manifester sa religion et du droit au respect de la vie privée qu'elle subit en raison de l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 ne répond à aucun des buts énumérés au second paragraphe des articles 8 et 9. Le Gouvernement soutient pour sa part qu'elle vise deux objectifs légitimes : la sécurité publique et « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Or la Cour constate que le second paragraphe des articles 8 et 9 ne renvoie explicitement ni au second de ces buts ni aux trois valeurs auxquelles le Gouvernement se réfère à cet égard.

**115.** S'agissant du premier des buts invoqués par le Gouvernement, la Cour observe tout d'abord que la « sécurité publique » fait partie des buts énumérés par le second paragraphe de l'article 9 de la Convention (*public safety* dans le texte anglais de cette disposition) et que le second paragraphe de l'article 8 renvoie à la notion similaire de « sûreté publique » (*public safety* également dans le texte en anglais de cette disposition). Elle note ensuite que le Gouvernement fait valoir à ce titre que l'interdiction litigieuse de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage répond à la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Au vu du dossier, on peut

certaines se demander si le législateur a accordé un poids significatif à de telles préoccupations. Il faut toutefois constater que l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi indiquait – surabondamment certes – que la pratique de la dissimulation du visage « [pouvait] être dans certaines circonstances un danger pour la sécurité publique » (paragraphe 25 ci-dessus), et que le Conseil constitutionnel a retenu que le législateur avait estimé que cette pratique pouvait constituer un danger pour la sécurité publique (paragraphe 30 ci-dessus). Similairement, dans son rapport d'étude du 25 mars 2010, le Conseil d'État a indiqué que la sécurité publique pouvait constituer un fondement pour une interdiction de la dissimulation du visage, en précisant cependant qu'il ne pouvait en aller ainsi que dans des circonstances particulières (paragraphe 22-23 ci-dessus). En conséquence, la Cour admet qu'en adoptant l'interdiction litigieuse, le législateur entendait répondre à des questions de « sûreté publique » ou de « sécurité publique », au sens du second paragraphe des articles 8 et 9 de la Convention.

**116.** À propos du second des objectifs invoqués – « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte » – le Gouvernement renvoie à trois valeurs : le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société. Il estime que cette finalité se rattache à la « protection des droits et libertés d'autrui », au sens du second paragraphe des articles 8 et 9 de la Convention.

**117.** Comme la Cour l'a relevé précédemment, aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe des articles 8 et 9 de la Convention. Parmi ceux-ci, les seuls susceptibles d'être pertinents en l'espèce, au regard de ces valeurs, sont l'« ordre public » et la « protection des droits et libertés d'autrui ». Le premier n'est cependant pas mentionné par l'article 8 § 2. Le Gouvernement n'y a du reste fait référence ni dans ses observations écrites ni dans sa réponse à la question qui lui a été posée à ce propos lors de l'audience, évoquant uniquement la « protection des droits et libertés d'autrui ». La Cour va donc concentrer son examen sur ce dernier « but légitime », comme d'ailleurs elle l'avait fait dans les affaires *Leyla Şahin*, et *Ahmet Arslan et autres* (précitées, §§ 111 et 43 respectivement).

**118.** En premier lieu, elle n'est pas convaincue par l'assertion du Gouvernement pour autant qu'elle concerne le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes.

**119.** Elle ne doute pas que l'égalité entre les hommes et les femmes puisse à bon droit motiver une ingérence dans l'exercice de certains des droits et libertés que consacre la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas* (déc.), 10 juillet 2012). Elle rappelle à cet égard que la progression vers l'égalité des sexes est

aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe (*ibidem* ; voir aussi, notamment, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 67, série A no 263, et *Konstantin Markin c. Russie* [GC], no 30078/06, § 127, CEDH 2012 (extraits)). Ainsi, un État partie qui, au nom de l'égalité des sexes, interdit à quiconque d'imposer aux femmes qu'elles dissimulent leur visage, poursuit un objectif qui correspond à la « protection des droits et libertés d'autrui », au sens du paragraphe 2 des articles 8 et 9 de la Convention (voir *Leyla Şahin*, précité, § 111). La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux. Elle observe d'ailleurs que, dans son rapport d'étude du 25 mars 2010, le Conseil d'État est parvenu à une conclusion similaire (paragraphe 22 ci-dessus).

Par ailleurs, pour autant que le Gouvernement entende ainsi faire valoir que le port du voile intégral par certaines femmes choque la majorité de la population française parce qu'il heurte le principe d'égalité des sexes tel qu'il est généralement admis en France, la Cour renvoie aux motifs relatifs aux deux autres valeurs qu'il invoque (paragraphe 120-122 ci-dessous).

**120.** En deuxième lieu, la Cour considère que, aussi essentiel soit-il, le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. Elle observe, à ce titre, la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps. Par ailleurs, elle ne dispose d'aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui.

**121.** En troisième lieu, la Cour estime en revanche que, dans certaines conditions, ce que le Gouvernement qualifie de « respect des exigences minimales de la vie en société » – le « vivre ensemble », dans l'exposé des motifs du projet de loi (paragraphe 25 ci-dessus) – peut se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui ».

**122.** La Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la

possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d'excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée.

#### *iv. Nécessité dans une société démocratique*

##### *a. Principes généraux relatifs à l'article 9 de la Convention*

**123.** La Cour ayant décidé de mettre l'accent sur l'article 9 de la Convention dans son examen de cette partie de la requête, elle juge utile de rappeler les principes généraux relatifs à cette disposition.

**124.** Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer (voir, entre autres, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, série A no 260-A, *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], no 24645/94, § 34, CEDH 1999-I, et *Leyla Şahin*, précité, § 104).

**125.** Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère les diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], no 27417/95, § 73, CEDH 2000-VII, et *Leyla Şahin* précité, § 105).

L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée ou inspirée par sa religion ou ses convictions (voir, par exemple, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, no 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 19, *Kalaç c. Turquie*, 1er juillet 1997, § 27, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, et *Leyla Şahin*, précité, §§ 105 et 121).

**126.** Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (*Kokkinakis*, précité, § 33). Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 106).

**127.** La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Comme indiqué précédemment, elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (voir, notamment, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, *Recueil* 1996-IV, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], no 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II), et considère que ce devoir impose à l'État de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent (voir, notamment, *Leyla Şahin*, précité, § 107). Elle en a déduit que le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent (*Serif c. Grèce*, no 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX ; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 107).

**128.** Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante (voir, mutatis mutandis, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A no 44, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III). Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (voir, mutatis mutandis, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, précité, § 45, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 99). Si les « droits et libertés d'autrui » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés

également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique » (*Chassagnou et autres*, précité, § 113 ; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 108).

**129.** Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir par exemple, *Maurice c. France* [GC], no 11810/03, § 117, CEDH 2005-IX). Il en va en particulier ainsi lorsque ces questions concernent les rapports entre l'État et les religions (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, § 84, et *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V ; voir aussi *Leyla Şahin*, précité, § 109). S'agissant de l'article 9 de la Convention, il convient alors, en principe, de reconnaître à l'État une ample marge d'appréciation pour décider si et dans quelle mesure une restriction au droit de manifester sa religion ou ses convictions est « nécessaire ». Cela étant, pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation dans une affaire donnée, la Cour doit également tenir compte de l'enjeu propre à l'espèce (voir, notamment, *Manoussakis et autres*, précité, § 44, et *Leyla Şahin*, précité, § 110). Elle peut aussi, le cas échéant, prendre en considération le consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention (voir, par exemple, *Bayatyan c. Arménie* [GC], no 23459/03, § 122, CEDH 2011).

**130.** Dans l'affaire *Leyla Şahin*, la Cour a souligné que tel était notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. Renvoyant à l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (20 septembre 1994, § 50, série A no 295-A) et à la décision *Dahlab c. Suisse* (no 42393/98, CEDH 2001-V), elle a précisé qu'il n'était en effet pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société et que le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse n'étaient pas les mêmes suivant les époques et les contextes. Elle a observé que la réglementation en la matière pouvait varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public. Elle en a déduit que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation devait, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à

l'État concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré (*Leyla Şahin*, précité, § 109).

**131.** Cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (voir, notamment, *Manoussakis et autres*, précité, § 44, et *Leyla Şahin*, précité, § 110).

#### *β. Application de ces principes dans des affaires antérieures*

**132.** La Cour a eu l'occasion d'examiner plusieurs situations à l'aune de ces principes.

**133.** Elle s'est ainsi prononcée sur l'interdiction de porter des signes religieux dans les établissements d'enseignement public prescrite aux enseignants (voir, notamment, *Dahlab*, décision précitée, et *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), no 65500/01, CEDH 2006-II) ou aux élèves et étudiantes (voir, notamment, *Leyla Şahin*, arrêt précité, *Köse et autres c. Turquie* (déc.), no 26625/02, CEDH 2006-II, *Kervanci c. France*, no 31645/04, 4 décembre 2008, *Aktas c. France* (déc.), no 43563/08, 30 juin 2009, et *Ranjit Singh c. France* (déc.), no 27561/08, 30 juin 2009), sur l'obligation de retirer un élément vestimentaire connoté religieusement dans le cadre d'un contrôle de sécurité (*Phull c. France* (déc.), no 35753/03, CEDH 2005-I, et *El Morsli c. France* (déc.), no 15585/06, 4 mars 2008), et sur l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité destinées à des documents officiels (*Mann Singh c. France* (déc.), no 24479/07, 11 juin 2007). Elle n'a conclu à la violation de l'article 9 dans aucun de ces cas.

**134.** La Cour a aussi examiné deux requêtes dans lesquelles des personnes se plaignaient en particulier de restrictions par leurs employeurs à la possibilité de porter une croix au cou de manière visible, et soutenaient que le droit national n'avait pas adéquatement protégé leur droit de manifester leur religion. L'une était employée d'une compagnie aérienne, l'autre était infirmière (*Eweida et autres*, précité). Le premier cas, dans lequel la Cour a conclu à la violation de l'article 9, est le plus pertinent en l'espèce. La Cour a notamment estimé que les juridictions internes avaient donné trop d'importance au – légitime – souhait de l'employeur de projeter une certaine image commerciale par rapport au droit fondamental de la requérante de manifester ses convictions religieuses. Sur ce dernier point, elle a souligné qu'une société démocratique saine devait tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité, et qu'il est important qu'une personne qui a fait de la religion un axe majeur de sa vie puisse être en mesure de communiquer ses convictions à autrui. Elle a ensuite relevé que la croix dont il était question était discrète et ne pouvait pas avoir affecté l'apparence professionnelle de la requérante et qu'il n'était pas démontré que le port autrefois autorisé de



signes religieux avait eu un impact négatif sur l'image de la compagnie aérienne qui employait celle-ci. Tout en soulignant que les autorités nationales – les juridictions en particulier – disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'elles sont amenées à évaluer la proportionnalité de mesures prises par une société privée à l'égard de ses employés, elle a donc conclu qu'il y avait eu violation de l'article 9.

**135.** La Cour s'est également penchée, dans l'affaire *Ahmet Arslan et autres* précitée, sur la question de l'interdiction de porter, en dehors des cérémonies religieuses, certaines tenues religieuses dans les lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. La tenue en question, caractéristique du groupe *Aczimendi tarikati*, était composée d'un turban, d'un saroual et d'une tunique, tous de couleur noire, et était assortie d'un bâton. La Cour a admis, eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes, et compte tenu notamment de l'importance du principe de laïcité pour le système démocratique en Turquie, que, dans la mesure où elle visait à faire respecter les principes laïcs et démocratiques, cette ingérence poursuivait plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 9 § 2 : le maintien de la sécurité publique, la protection de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. Elle a cependant jugé que sa nécessité au regard de ces buts n'était pas établie.

La Cour a en effet relevé que l'interdiction frappait non des fonctionnaires astreints à une certaine discrétion dans l'exercice de leurs fonctions, mais de simples citoyens, de sorte que sa jurisprudence relative aux fonctionnaires – aux enseignants en particulier – ne trouvait pas à s'appliquer. Elle a constaté ensuite qu'elle visait la tenue portée non dans des établissements publics spécifiques, mais dans tout l'espace public, de sorte que sa jurisprudence mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement publics ne trouvait pas non plus à s'appliquer. La Cour a de plus observé qu'il ne ressortait pas du dossier que la façon dont les requérants – qui s'étaient réunis devant une mosquée dans la tenue en cause, dans le seul but de participer à une cérémonie à caractère religieux – avaient manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. Enfin, répondant à la thèse du Gouvernement turc tirée d'un éventuel prosélytisme de la part des requérants, elle a constaté qu'aucun élément du dossier ne montrait qu'ils avaient tenté de faire subir des pressions abusives aux passants dans les voies et places publiques dans un désir de promouvoir leurs convictions religieuses. La Cour a en conséquence conclu à la violation de l'article 9 de la Convention.

**136.** Parmi toutes ces affaires relatives à l'article 9, l'affaire *Ahmet Arslan et autres* est celle dont se rapproche le plus la présente espèce. Cependant, si les deux affaires concernent l'interdiction de porter un habit

à connotation religieuse dans l'espace public, la présente affaire se distingue significativement de l'affaire Ahmet Arslan et autres par le fait que le voile islamique intégral est un habit particulier en ce qu'il dissimule entièrement le visage à l'exception éventuellement des yeux.

*y. Application de ces principes au cas d'espèce*

**137.** La Cour souligne en premier lieu que la thèse de la requérante et de certains des intervenants selon laquelle l'interdiction que posent les articles 1 à 3 de la loi du 11 octobre 2010 serait fondée sur le postulat erroné que les femmes concernées porteraient le voile intégral sous la contrainte n'est pas pertinente. Il ressort en effet clairement de l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi (paragraphe 25 ci-dessus) que cette interdiction n'a pas pour objectif principal de protéger des femmes contre une pratique qui leur serait imposée ou qui leur serait préjudiciable.

**138.** Cela étant précisé, la Cour doit vérifier si l'ingérence litigieuse est « nécessaire », « dans une société démocratique » à la sûreté publique ou la sécurité publique (au sens des articles 8 et 9 de la Convention ; voir le paragraphe 115 ci-dessus), ou à la « protection des droits et libertés d'autrui » (voir le paragraphe 116 ci-dessus).

**139.** S'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publiques, au sens des articles 8 et 9 (voir le paragraphe 115 ci-dessus), la Cour comprend qu'un État juge essentiel de pouvoir identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Elle a d'ailleurs conclu à la non violation de l'article 9 de la Convention dans des affaires relatives à l'obligation de retirer un élément vestimentaire connoté religieusement dans le cadre d'un contrôle de sécurité et à l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité destinées à des documents officiels (paragraphe 133 ci-dessus). Cependant, vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le Gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte. Quant aux femmes concernées, elle se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisi, alors que l'objectif évoqué par le Gouvernement serait atteint par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire. Ainsi, on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité

publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention.

**140.** Il faut encore examiner ce qu'il en est au regard de l'autre but que la Cour a jugé légitime : le souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société comme élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » (voir les paragraphes 121-122 ci-dessus).

**141.** La Cour observe qu'il s'agit là d'un objectif auquel les autorités ont accordé beaucoup de poids. Cela ressort notamment de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, qui indique que, « si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du « vivre ensemble » dans la société française » et que « la dissimulation systématique du visage dans l'espace public, contraire à l'idéal de fraternité, ne satisfait pas (...) à l'exigence minimale de civilité nécessaire à la relation sociale » (paragraphe 25 ci-dessus). Or il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public (paragraphe 122 ci-dessus).

**142.** En conséquence, la Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble ».

**143.** Il reste à vérifier si cette interdiction est proportionnée par rapport à ce but.

**144.** Certains des arguments développés par la requérante et les organisations non gouvernementales intervenantes méritent une attention particulière.

**145.** Ainsi, il est vrai que le nombre de femmes concernées est faible. Il ressort en effet du rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » préparé par la mission d'information de l'Assemblée nationale et déposé le 26 janvier 2010, qu'environ 1 900 femmes portaient le voile islamique intégral en France à la fin de l'année 2009, dont environ 270 se trouvaient dans les collectivités d'outre-mer (paragraphe 16 ci-dessus). Ce nombre est de faible ampleur au regard des quelques soixante-cinq millions d'habitants que compte la France et du nombre de musulmans qui y vivent. Il peut donc sembler démesuré de répondre à une telle situation par une loi d'interdiction générale.

**146.** En outre, il n'est pas douteux que l'interdiction a un fort impact négatif sur la situation des femmes qui, telle la requérante, ont fait le

choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. Comme indiqué précédemment, elle les place devant un dilemme complexe, et elle peut avoir pour effet de les isoler et d'affecter leur autonomie ainsi que l'exercice de leur liberté de manifester leurs convictions et de leur droit au respect de leur vie privée. De plus, on comprend que les intéressées perçoivent cette interdiction comme une atteinte à leur identité.

**147.** Il faut d'ailleurs constater que de nombreux acteurs internationaux comme nationaux de la protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée. Il en va ainsi notamment de la commission nationale consultative des droits de l'homme (paragraphe 18-19 ci-dessus), d'organisations non-gouvernementales telles que les tierces intervenantes, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (paragraphe 35-36 ci-dessus) et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (paragraphe 37 ci-dessus).

**148.** La Cour est également consciente de ce que la loi du 11 octobre 2010, et certaines controverses qui ont accompagné son élaboration, ont pu être ressenties douloureusement par une partie de la communauté musulmane, y compris par ceux de ses membres qui ne sont pas favorables au port du voile intégral.

**149.** À ce titre, la Cour est très préoccupée par les indications fournies par certains des intervenants selon lesquelles des propos islamophobes ont marqué le débat qui a précédé l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 (voir les observations du Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand et des organisations non gouvernementales *Liberty et Open Society Justice Initiative* ; paragraphes 98, 100 et 104 ci-dessus). Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière. Elle souligne toutefois qu'un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance (paragraphe 128 ci-dessus ; voir aussi le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, paragraphe 37 ci-dessus). La Cour rappelle que des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémente contre un groupe identifié par une religion ou des origines ethniques sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention et ne relèvent pas du droit à la liberté d'expression qu'elle consacre (voir, notamment, *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), no 23131/03, CEDH 2004-XI, et *Ivanov c. Russie* (déc.), no 35222/04, 20 février 2007).

**150.** Les autres arguments présentés au soutien de la requête doivent en revanche être nuancés.

**151.** Ainsi, s'il est vrai que le champ de l'interdiction est large puisque tous les lieux accessibles au public sont concernés (sauf les lieux de culte), la loi du 11 octobre 2010 n'affecte pas la liberté de porter dans l'espace public tout habit ou élément vestimentaire – ayant ou non une connotation religieuse – qui n'a pas pour effet de dissimuler le visage. La Cour est consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral. Elle attache néanmoins une grande importance à la circonstance que cette interdiction n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage. Cela distingue l'espèce de l'affaire *Ahmet Arslan et autres* précitée.

**152.** Quant au fait que l'interdiction est assortie de sanctions pénales, il accroît sans doute l'impact de celle-ci sur les intéressées. Il est en effet compréhensible qu'être poursuivies pour avoir dissimulé leur visage dans l'espace public représente un traumatisme pour les femmes qui ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions. Il faut cependant prendre en compte la circonstance que les sanctions retenues par le législateur figurent parmi les plus légères qu'il pouvait envisager, puisqu'il s'agit de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe (soit actuellement 150 euros au maximum), avec la possibilité pour le juge de prononcer en même temps ou à la place l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté.

**153.** En outre, certes, comme le souligne la requérante, en interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État défendeur restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant de son côté qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du « vivre ensemble ». Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique (voir le paragraphe 128 ci-dessus). Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société.

**154.** Or dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (paragraphe 129 ci-dessus).

**155.** En d'autres termes, la France disposait en l'espèce d'une ample marge d'appréciation.

**156.** Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les États membres du Conseil de l'Europe (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, Recueil 1997-II) sur la question du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour observe en effet que, contrairement à ce que soutient l'un des intervenants (paragraphe 105 ci-dessus), il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction. Certes, d'un point de vue strictement normatif, la France est dans une situation très minoritaire en Europe : excepté la Belgique, aucun autre État membre du Conseil de l'Europe n'a à ce jour opté pour une telle mesure. Il faut toutefois observer que la question du port du voile intégral dans l'espace public est ou a été en débat dans plusieurs pays européens. Dans certains, il a été décidé de ne pas opter pour une interdiction générale. Dans d'autres, une telle interdiction demeure envisagée (paragraphe 40 ci-dessus). À cela il faut ajouter que, vraisemblablement, la question du port du voile intégral dans l'espace public ne se pose tout simplement pas dans un certain nombre d'États membres, où cette pratique n'a pas cours. Il apparaît ainsi qu'il n'y a en Europe aucun consensus en la matière, que ce soit pour ou contre une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public.

**157.** En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui ».

**158.** La restriction litigieuse peut donc passer pour « nécessaire », « dans une société démocratique ». Cette conclusion vaut au regard de l'article 8 de la Convention comme de l'article 9.

**159.** Partant, il n'y a eu violation ni de l'article 8 ni de l'article 9 de la Convention.

#### **b) Sur la violation alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou l'article 9 de la Convention**

**160.** La Cour note que la requérante dénonce une discrimination indirecte. Elle indique à cet égard qu'en tant que femme musulmane souhaitant porter le voile intégral dans l'espace public pour des motifs religieux, elle appartient à une catégorie de personnes tout particulièrement exposées à l'interdiction dont il s'agit et aux sanctions dont elle est assortie.

**161.** La Cour rappelle qu'une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire (voir notamment *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], no 57325/00, §§ 175 et 184-185, CEDH 2007-IV). Il n'en va toutefois ainsi que si cette politique ou cette mesure manquent de justification « objective et raisonnable », c'est-à-dire si elles ne poursuivent pas un « but légitime » ou s'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé (même arrêt, § 196). Or en l'espèce, s'il peut être considéré que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 a des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public, cette mesure a une justification objective et raisonnable pour les raisons indiquées précédemment (paragraphe 144-159 ci-dessus).

**162.** Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou l'article 9 de la Convention.

**c) Sur la violation alléguée de l'article 10 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention**

**163.** La Cour estime qu'aucune question distincte de celles qu'elle a examinées sur le terrain des articles 8 et 9 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention, ne se pose sous l'angle de l'article 10 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

- 1. Rejette**, à l'unanimité, les exceptions préliminaires du Gouvernement ;
- 2. Déclare**, à l'unanimité, la requête recevable quant aux griefs tirés des articles 8, 9 et 10 de la Convention, pris isolément et combinés avec l'article 14 de la Convention, et irrecevable pour le surplus ;
- 3. Dit**, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
- 4. Dit**, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention ;
- 5. Dit**, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou avec l'article 9 de la Convention ;

**6. *Dit*, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 10 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention.**

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 1er juillet 2014.

Dean Spielmann  
Président

Erik Fribergh  
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente commune aux juges Nußberger et Jäderblom.



## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES NUSSBERGER ET JÄDERBLOM

### **A. Sacrifice des droits individuels à des principes abstraits**

**1.** Nous reconnaissons que, même si aucune violation n'est constatée dans l'arrêt, une approche équilibrée y est développée, de nombreux arguments importants des opposants à l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public y sont soigneusement pesés et les problèmes liés à cette interdiction y font l'objet d'une évaluation.

**2.** Nous ne pouvons néanmoins souscrire à l'avis de la majorité car, pour nous, des droits individuels concrets garantis par la Convention sont ici sacrifiés à des principes abstraits. Nous doutons que l'interdiction totale du voile intégral dans l'espace public poursuive un but légitime (B). Quoi qu'il en soit, une interdiction aussi générale, qui touche au droit de toute personne à sa propre identité culturelle et religieuse, n'est à notre sens pas nécessaire dans une société démocratique (C). Partant, nous concluons à la violation des articles 8 et 9 de la Convention (D).

### **B. Absence de but légitime au regard de la Convention**

**3.** La majorité soutient à bon droit que ni le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes ni le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public (paragraphe 118, 119 et 120 de l'arrêt). Il est également juste de partir du principe que la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire est un but légitime protégé par la Convention (paragraphe 115 de l'arrêt), mais qui ne peut passer pour proportionné que dans un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique (paragraphe 139 de l'arrêt).

**4.** Cela dit, la majorité voit un but légitime dans la préservation du « vivre ensemble », c'est-à-dire du « respect des exigences minimales de la vie en société », qui selon elle doit être compris comme un élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » au sens des articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention (paragraphe 140-142 de l'arrêt). Nous avons de fortes réserves par rapport à cette approche.

**5.** La jurisprudence de la Cour ne définit pas clairement ce que pourraient recouvrir les « droits et libertés d'autrui » au-delà de la portée des droits protégés par la Convention. Il n'y a pas de correspondance directe entre le concept très général du « vivre ensemble » et les droits ou libertés garantis par la Convention. Même si l'on peut raisonnablement considérer que cette notion touche à plusieurs droits, tels que le droit au respect de la vie privée (article 8) et le droit de ne pas subir de discrimination (article 14), elle n'en apparaît pas moins factice et vague.

**6.** Il est essentiel de comprendre ce qui est au cœur de la volonté de protéger les individus contre les rencontres avec d'autres personnes adeptes du voile intégral. La majorité évoque des « pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes » (paragraphe 122 de l'arrêt). Le gouvernement néerlandais, pour justifier un projet de loi à l'étude devant son Parlement national, souligne un risque d'atteinte non seulement à « l'interaction sociale », mais également à un « sentiment de sécurité » subjectif (paragraphe 50 de l'arrêt). Il nous semble cependant que ces craintes et ce malaise sont causés non pas tant par le voile lui-même qui – contrairement peut-être à certains autres codes vestimentaires – ne saurait être perçu comme agressif en soi, mais par la philosophie qu'il est censé véhiculer. Ainsi, les motifs mis en avant de manière récurrente pour justifier le rejet du voile intégral sont fondés sur les interprétations de sa signification symbolique. Le premier rapport d'une commission parlementaire française « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » voit dans le voile « la manifestation d'une oppression » (paragraphe 17 de l'arrêt). L'exposé des motifs du projet de loi évoque sa « violence symbolique et déshumanisante » (paragraphe 25 de l'arrêt). Le voile intégral impliquerait également que les personnes qui le portent sont « enfermé[es] en [elles]-même, coupé[es] des autres tout en vivant au milieu d'eux ». Les femmes ainsi vêtues seraient considérées comme « effacées » de l'espace public (paragraphe 82 de l'arrêt).

**7.** Toutes ces interprétations sont mises en cause par la requérante, qui allègue porter le voile intégral uniquement en fonction de son humeur spirituelle (paragraphe 12 de l'arrêt) et ne le considère pas comme un obstacle insurmontable à la communication et à l'intégration. Mais à supposer même que ces interprétations du voile intégral soient justes, il convient de souligner qu'il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen. Dans le contexte d'atteintes à la liberté d'expression, la Cour a souligné à maintes reprises que la Convention protège non seulement les opinions « accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent », soulignant qu'« ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » » (voir, parmi d'autres, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], no 16354/06, § 48, CEDH 2012) ; et *Stoll c. Suisse* [GC], no 69698/01, § 101, CEDH 2007-V). Cela vaut aussi pour les codes vestimentaires témoignant d'opinions radicales.

**8.** En outre, on peut difficilement prétendre que tout individu ait un droit d'entrer en contact avec d'autres personnes dans l'espace public contre la volonté de celles-ci. Sinon, pareil droit devrait avoir une obligation pour corollaire, ce qui serait incompatible avec l'esprit de la Convention. Si la

communication est essentielle pour la vie en société, le droit au respect de la vie privée comprend également le droit de ne pas communiquer et de ne pas entrer en contact avec autrui dans l'espace public – en somme, le droit d'être un « outsider ».

**9.** Il est vrai que le « vivre ensemble » requiert la possibilité d'échanges interpersonnels. Il est également vrai que le visage joue un rôle important dans les interactions humaines. Mais cette idée ne peut pas être détournée pour justifier la conclusion selon laquelle aucune interaction humaine n'est possible si le visage est intégralement dissimulé. Nous en voulons pour preuves des exemples parfaitement admis dans la culture européenne, tels que le port de casques intégraux pour la pratique du ski et de la moto, ou le port de costumes pendant le carnaval. Nul ne prétendrait qu'en pareilles situations (qui font partie des exceptions prévues par le droit français) les exigences minimales de la vie en société ne soient pas respectées. Les personnes socialisent sans forcément se regarder dans les yeux.

**10.** Nous ne pouvons conclure que la majorité ait démontré quels sont concrètement les droits d'autrui au sens des articles 8 § 2 et 9 § 2 de la Convention qui pourraient être déduits du principe abstrait du « vivre ensemble » ou des « exigences minimales de la vie en société ».

**11.** Pour autant que ces idées puissent être comprises comme faisant partie de « l'ordre public », nous estimons, à l'instar de la majorité, qu'il ne convient pas de focaliser sur ce but (paragraphe 117 de l'arrêt) étant donné que la « protection de l'ordre public » peut justifier les restrictions aux droits garantis par l'article 9 mais pas celles qui sont apportées aux droits protégés par l'article 8, alors même qu'indubitablement la mesure d'interdiction litigieuse porte aussi atteinte à cette dernière disposition.

**12.** Dès lors, il est douteux que les dispositions du droit français interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public poursuivent un quelconque but légitime au regard des articles 8 § 2 ou 9 § 2 de la Convention.

### **C. Proportionnalité de l'interdiction intégrale du voile intégral**

#### **1. Différentes approches du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture**

**13.** S'il est déjà malaisé de déterminer quels sont les droits protégés par la mesure restrictive en question, il est encore plus difficile de soutenir que les droits protégés prévalent sur les droits violés. Tel est d'autant plus le cas que le Gouvernement n'a donné ni exemple ni explication quant à savoir pourquoi l'effet sur autrui de cette tenue particulière différerait de celui d'autres pratiques admises impliquant la dissimulation du visage, tels que l'adoption de coiffures outrancières ou le port de lunettes de soleil ou

de chapeaux. Dans le processus législatif, les partisans d'une interdiction totale du voile intégral ont essentiellement fait valoir « les valeurs de la République exprimées par la devise « liberté, égalité, fraternité » » (paragraphe 17 de l'arrêt). La Cour se réfère au « pluralisme », à la « tolérance » et à « l'esprit d'ouverture » comme étant les piliers d'une société démocratique (paragraphe 128 de l'arrêt) et dit en substance qu'il est acceptable de faire prévaloir ces valeurs sur le style de vie et le code vestimentaire d'inspiration religieuse d'une petite minorité dès lors qu'il s'agit d'un choix de société (paragraphe 153 de l'arrêt).

**14.** Toutefois, l'ensemble de ces valeurs peuvent tout aussi bien être interprétées comme justifiant une interdiction totale du port du voile intégral que comme appelant, au contraire, l'acceptation de ce code vestimentaire religieux et l'adoption d'une approche intégrationniste. À notre avis, c'est à juste titre que la requérante soutient que le législateur français restreint le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction empêche certaines femmes d'exprimer leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public (paragraphe 153 de l'arrêt). Partant, cette interdiction totale pourrait être interprétée comme le signe d'un pluralisme sélectif et d'une tolérance limitée. Dans sa jurisprudence, la Cour a clairement évoqué le devoir de l'État de promouvoir une tolérance mutuelle entre des groupes opposés, et a déclaré que « [l]e rôle des autorités (...) ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (*Serif c. Grèce*, no 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX, cité par la majorité au paragraphe 127 de l'arrêt). En interdisant le voile intégral, le législateur français a fait exactement l'inverse : loin d'essayer de garantir la tolérance entre la très grande majorité et une petite minorité, il a interdit ce qui est vu comme un facteur de tensions.

## **2. Ingérence disproportionnée**

**15.** Même si nous admettions que les droits de la requérante au regard des articles 8 et 9 de la Convention puissent être mis en balance avec des principes abstraits, que ce soit la tolérance, le pluralisme ou l'esprit d'ouverture, ou bien l'idée du « vivre ensemble » et les « exigences minimales de la vie en société », nous ne pouvons souscrire à l'avis de la majorité selon lequel l'interdiction était proportionnée au but poursuivi.

### **a) Marge d'appréciation**

**16.** Comme la majorité, nous estimons que lorsque sont en jeu des questions de politique générale sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (paragraphe 154 de l'arrêt). Cependant, nous ne pouvons conclure que,

dans cette situation particulière, l'État défendeur disposait d'une ample marge d'appréciation (paragraphe 155 de l'arrêt).

**17.** Premièrement, l'interdiction vise un code vestimentaire étroitement lié à une foi religieuse, à une culture et à des convictions personnelles et donc sans aucun doute à un droit de la personnalité.

**18.** Deuxièmement, il n'est pas convaincant de faire un parallèle entre la présente espèce et des affaires concernant la relation entre l'État et les religions (paragraphe 129 de l'arrêt). Ainsi qu'il ressort du processus législatif, la loi a été délibérément libellée de manière large ; elle vise de manière générale toute « tenue destinée à dissimuler son visage » et va donc bien au-delà du contexte religieux (voir l'étude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », paragraphes 20 et suiv. de l'arrêt, et son influence sur le projet de loi soumis au Parlement). Contrairement à l'affaire *Leyla Şahin c. Turquie* ([GC], no 44774/98, § 109, CEDH 2005-XI), qui concernait une réglementation sur le port de symboles religieux dans des établissements d'enseignement, la loi française n'a en elle-même aucune connotation religieuse expresse.

**19.** Troisièmement, il est difficile de comprendre pourquoi la majorité n'est pas disposée à admettre l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction du voile intégral (paragraphe 156 de l'arrêt). Dans la jurisprudence de la Cour, trois éléments sont pris en compte pour déterminer l'existence d'un consensus européen : le droit international des traités, le droit comparé et les textes internationaux non contraignants (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A no 31). Le fait que 45 États membres sur 47 – donc une écrasante majorité – n'aient pas estimé nécessaire de légiférer dans ce domaine est un indicateur très fort de l'existence d'un consensus européen (*Bayatyan c. Arménie* [GC], no 23459/03, §§ 103, 108, CEDH 2011 ; *A, B et C c. Irlande* [GC], no 25579/05, § 235, CEDH 2010). Même s'il peut y avoir des débats sur la nécessité d'une réforme dans certains des États membres, alors que dans d'autres la pratique du port du voile intégral est inexistante, le *statu quo* sur ce sujet est manifeste. De plus, ainsi que le démontre amplement l'arrêt, les organismes européens et universels œuvrant dans le domaine des droits de l'homme (paragraphes 35 et suiv.) ainsi que les organisations non-gouvernementales (paragraphes 89 et suiv.) sont fortement opposés à toute forme d'interdiction totale du voile intégral. Cette approche trouve appui dans d'autres traités internationaux en matière de droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. De plus, bien que le Comité des droits de l'homme ne se soit pas prononcé sur une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public, il a conclu, par exemple, que le renvoi de l'université d'une étudiante portant le hijab était contraire à l'article 18 § 2 du Pacte (paragraphe 39 de l'arrêt). Le

Comité a estimé que les règles vestimentaires imposées aux femmes peuvent emporter violation de plusieurs droits (paragraphe 38 de l'arrêt).

**20.** Les arguments tirés du droit comparé et du droit international militent contre l'acceptation d'une ample marge d'appréciation et pour un contrôle étroit de la Cour en la matière. S'il est parfaitement légitime de prendre en compte la situation particulière en France, et notamment la forte tradition unificatrice des « valeurs de la Révolution française » ainsi que le très large consensus politique ayant présidé à l'adoption de la loi, il n'en demeure pas moins que la Cour a pour tâche de protéger les petites minorités contre toute ingérence disproportionnée.

### **b) Conséquences pour les femmes concernées**

**21.** De nombreux éléments ont été fournis pour illustrer le dilemme des femmes qui, à l'instar de la requérante, souhaitent porter le voile intégral conformément à leur foi religieuse, à leur culture et à leurs convictions personnelles. Soit les intéressées sont fidèles à leurs traditions et restent à la maison, soit elles rompent avec ces traditions et sortent sans porter leur tenue habituelle, faute de quoi elles risquent une sanction pénale (voir la Résolution de l'Assemblée parlementaire, paragraphe 35 de l'arrêt, le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, paragraphe 37 de l'arrêt, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle espagnole, paragraphe 47 de l'arrêt). À notre avis, on ne peut attendre de cette mesure d'interdiction qu'elle ait l'effet souhaité de libérer des femmes prétendument opprimées : au contraire, elle les exclura encore plus de la société et elle aggravera leur situation.

**22.** En ce qui concerne l'affirmation de la majorité selon laquelle les sanctions éventuelles sont légères (paragraphe 152 de l'arrêt), nous estimons que lorsque le port du voile intégral est une pratique récurrente l'effet multiple de peines successives doit être pris en compte.

**23.** En outre, comme le relève la majorité, seul un petit nombre de femmes sont aujourd'hui concernées par l'interdiction. Cela signifie que ce n'est qu'en de rares occasions que Monsieur ou Madame Tout-le-Monde pourrait rencontrer une femme portant le voile intégral et donc subir une éventuelle atteinte à ses possibilités d'interagir avec cette femme.

### **c) Mesures moins restrictives**

**24.** Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas expliqué pourquoi il aurait été impossible d'appliquer des mesures moins restrictives que la pénalisation de la dissimulation du visage dans l'ensemble de l'espace public. Aucun détail n'a été donné sur le point de savoir si et dans quelle mesure des efforts ont été consentis pour faire obstacle à ce phénomène relativement récent du port du voile intégral à travers, par exemple, des actions de sensibilisation et d'éducation. Il ressort du processus législatif que des

mesures beaucoup moins intrusives ont été examinées. Le rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » proposait un programme en quatre points, avec des mesures visant à libérer les femmes de l'emprise du voile intégral, sans que l'interdiction totale du voile ou des sanctions pénales n'y soient recommandées (paragraphe 17 de l'arrêt). La commission nationale consultative des droits de l'homme a également préconisé des mesures « douces » et a appelé à un renforcement des cours d'éducation civique à tous les niveaux, visant les hommes et les femmes (paragraphe 19 de l'arrêt).

## **D. Conclusion**

**25.** Eu égard au raisonnement ci-dessus, nous estimons que la pénalisation du port du voile intégral constitue une mesure disproportionnée au but de protection de l'idée du « vivre ensemble », un but qui, du reste, s'insère difficilement dans la liste restrictive des motifs énumérés dans la Convention pouvant justifier une ingérence dans les droits de l'homme fondamentaux.

**26.** Dès lors, nous concluons à la violation des articles 8 et 9 de la Convention.





Cour de justice de l'Union européenne  
Association de défense des droits de l'homme contre Micropole  
SA  
Conclusions générales de l'Avocat général Mme Eleanor  
Sharpston  
Affaire C-188/15  
13 juillet 2016



## Demande de décision préjudicielle formée par la Cour de cassation (France)

« Politique sociale – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Directive 2000/78/CE – Discrimination fondée sur la religion ou les convictions – Exigence professionnelle essentielle et déterminante – Notion – Discrimination directe et discrimination indirecte – Port du foulard islamique »

**1.** Dans quelle mesure la prohibition de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions en droit de l'Union, en particulier selon la directive 2000/78 <sup>(2)</sup>, entraîne-t-elle l'illégalité du licenciement d'une travailleuse, qui est une musulmane pratiquante, au motif qu'elle refuse de se conformer à une consigne impartie par son employeur (une entreprise du secteur privé) de ne pas porter de voile ni de foulard lorsqu'elle est en contact avec les clients de l'entreprise ? La Cour est saisie de cette question concernant l'article 4, paragraphe 1, de cette directive. Ainsi que je l'expliquerai plus loin, des questions découlant de la distinction établie, à l'article 2, paragraphe 2, sous a) et b), entre discrimination directe et discrimination indirecte, sont également pertinentes dans ce contexte <sup>(3)</sup>.

### **Le cadre juridique**

*La convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

**2.** L'article 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH ») <sup>(4)</sup> énonce :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

**3.** En vertu de l'article 14 de la CEDH :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

**4.** L'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 12 à la CEDH est intitulé « Interdiction générale de la discrimination » <sup>(5)</sup>. Le paragraphe 1 dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

### *Le traité sur l'Union européenne*

**5.** L'article 3, paragraphe 3, TUE, énonce :

« L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales [...] »

**6.** L'article 4, paragraphe 2, TUE, dispose :

« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

### *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*

**7.** L'article 10 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») <sup>(6)</sup> est intitulé « Liberté de pensée, de conscience et de religion ». Le paragraphe 1 est libellé comme suit :

« Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. »

**8.** L'article 16 de la Charte, intitulé « Liberté d'entreprise », dispose :

« La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. »

**9.** L'article 21 de la Charte est intitulé « Non-discrimination ». Son paragraphe 1 énonce :

« Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

### *La directive 2000/78*

#### **10. Les considérants de la directive 2000/78 énoncent notamment :**

« (1) Conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'Union européenne est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs à tous les États membres et elle respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit [de l'Union].

[...]

(9) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel.

[...]

(11) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.

(12) À cet effet, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans [l'Union européenne]. [...]

[...]

(15) L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales [...].

[...]

(23) Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission.

[...] »

**11.** En vertu de son article 1<sup>er</sup>, la directive a pour objet « d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ».

**12.** L'article 2 de la directive est intitulé « Concept de discrimination ». Il énonce notamment :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, [...]

[...]

5. La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. »

**13.** Selon l'article 3 de la directive, intitulé « Champ d'application » :

« 1. Dans les limites des compétences conférées à [l'Union européenne], la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :

a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ;

[...]

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ;

[...] »

**14.** L'article 4 de la directive, intitulé « Exigences professionnelles », dispose au paragraphe 1 :

« Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

**15.** L'article 4, paragraphe 2, concerne les différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions d'une personne dans le cadre particulier des activités professionnelles d'églises et « d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ».

**16.** L'article 6 de la directive prévoit certaines dérogations aux dispositions de la directive pour ce qui concerne la discrimination fondée sur l'âge.

**17.** L'article 7, paragraphe 1, de la directive dispose que, pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement ne doit pas empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

### *Le droit français*

**18.** L'article L. 1121-1 du code du travail dispose :

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

**19.** En vertu de l'article L. 1321-3 du code du travail, dans la version en vigueur au moment des faits :

« Le règlement intérieur ne peut contenir :

1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, [...] de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap. »

**20.** L'article L. 1132-1 du code du travail dispose :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] notamment en matière de rémunération [...], de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, [...] de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

## **21. Selon l'article L. 1133-1 du code du travail :**

« L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. »

### **Les faits, la procédure et la question préjudicielle**

**22.** M<sup>me</sup> Asma Bougnaoui a été employée en qualité d'ingénieur d'études par Micropole S.A., une société décrite dans l'ordonnance de renvoi comme spécialisée dans le conseil, l'ingénierie et la formation spécialisée dans le développement et l'intégration de solutions décisionnelles. Avant de travailler pour cette société en qualité de travailleuse salariée, elle y avait accompli un stage de fin d'études. Son contrat de travail avec Micropole a pris effet le 15 juillet 2008.

**23.** Le 15 juin 2009, elle a été convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement et a ensuite été licenciée par lettre du 22 juin 2009. Cette lettre (ci-après la « lettre de licenciement ») était rédigée ainsi :

« Vous avez effectué votre stage de fin d'études à compter du 4 février 2008, puis été embauchée par notre société le 1<sup>er</sup> août 2008 <sup>[(7)]</sup> en qualité d'Ingénieur d'études. Dans le cadre de vos fonctions, vous êtes amenée à intervenir sur des missions pour le compte de nos clients.

Nous vous avons demandé d'intervenir pour le client Groupama le 15 mai dernier sur leur site de Toulouse. À la suite de cette intervention, le client nous a indiqué que le port du voile, que vous portez effectivement tous les jours, avait gêné un certain nombre de ses collaborateurs. Il a également demandé à ce qu'il n'y ait "pas de voile la prochaine fois".

Lors de votre embauche dans notre société et de vos entretiens avec votre Manager opérationnel, [...], et la Responsable du recrutement, [...], le sujet du port du voile avait été abordé très clairement avec vous. Nous vous avons précisé que nous respectons totalement le principe de liberté d'opinion ainsi que les convictions religieuses de chacun, mais que, dès lors que vous seriez en contact en interne ou en externe avec les clients de l'entreprise, vous ne pourriez porter le voile en toutes circonstances. En effet, dans l'intérêt et pour le développement de l'entreprise, nous sommes contraints, vis-à-vis de nos clients, de faire en sorte que la discrétion soit de mise quant à l'expression des options personnelles de nos salariés.

Lors de notre entretien du 17 juin dernier <sup>[(8)]</sup>, nous vous avons réaffirmé ce principe de nécessaire neutralité que nous vous demandions d'appliquer à l'égard de notre clientèle. Nous vous avons à nouveau demandé si vous pouviez accepter ces contraintes professionnelles en acceptant de ne pas porter le voile et vous nous avez répondu par la négative.

Nous considérons que ces faits justifient, pour les raisons susmentionnées, la rupture de votre contrat de travail. Dans la mesure où votre position rend impossible la poursuite de votre activité au service de l'entreprise, puisque nous ne pouvons envisager, de votre fait, la poursuite de prestations chez nos clients, vous ne pourrez effectuer votre préavis. Cette inexécution du préavis vous étant imputable, votre préavis ne vous sera pas rémunéré.

Nous regrettons cette situation dans la mesure où vos compétences professionnelles et votre potentiel nous laissaient espérer une collaboration durable. »



**24.** En novembre 2009, M<sup>me</sup> Bougnaoui a contesté son licenciement devant le conseil de prud'hommes de Paris, en faisant valoir qu'il constituait une mesure discriminatoire fondée sur ses convictions religieuses. L'Association de défense des droits de l'homme (ci-après l'« ADDH ») est intervenue volontairement à la procédure. Par jugement du 4 mai 2011, le conseil de prud'hommes a dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, a condamné Micropole à payer à M<sup>me</sup> Bougnaoui la somme de 8 378,78 euros au titre de l'indemnité compensatoire de préavis et a rejeté ses autres demandes au fond.

**25.** Sur appel de M<sup>me</sup> Bougnaoui et appel incident de Micropole, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du conseil de prud'hommes par arrêt du 18 avril 2013.

**26.** M<sup>me</sup> Bougnaoui a saisi la juridiction de renvoi d'un pourvoi contre cet arrêt. Éprouvant des doutes sur l'interprétation du droit de l'UE dans les circonstances du cas d'espèce, la juridiction de renvoi a soumis la question suivante à la Cour de justice en vertu de l'article 267 TFUE :

« Les dispositions de l'article 4, [paragraphe 1], de la [directive 2000/78] doivent-elles être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique ? »

**27.** M<sup>me</sup> Bougnaoui et l'ADDH, Micropole, les gouvernements français et suédois ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites à la Cour. Lors de l'audience du 15 mars 2016, les mêmes parties – rejointes par le gouvernement du Royaume-Uni – ont présenté leurs plaidoiries.

## **Remarques préliminaires**

### *Introduction*

**28.** Considérée du point de vue le plus général, la question que la Cour est appelée à examiner concerne l'incidence des règles de non-discrimination du droit de l'UE sur le port de tenues vestimentaires religieuses. La Cour est interrogée en particulier sur le port de telles tenues dans le cadre d'une relation de travail de droit privé par une femme qui est une adepte pratiquante de la religion musulmane. Les dernières décennies ont apporté beaucoup de changements en matière d'usages sociaux en général dans le domaine du travail en particulier. Il fut un temps où les personnes de religions et d'origines ethniques différentes pouvaient s'attendre à vivre et travailler séparément, mais tel n'est plus le cas. Des questions qui, à une époque relativement récente, étaient considérées comme sans importance ou tout au plus d'importance

minime sont aujourd'hui mises en lumière, d'une manière parfois dérangeante. Considéré sous cet angle, ce contexte peut être perçu comme relativement « moderne » et peut, dans certains milieux, être perçu comme sensible. Il s'agit aussi d'un contexte qui suscite des opinions et pratiques très différentes au sein de l'Union européenne.

**29.** Il est fréquent (peut-être général) qu'un adepte d'une religion donnée ne perçoive pas chacune des pratiques liées à cette religion comme absolument « essentielle » à sa propre pratique religieuse. La pratique religieuse varie en forme et en intensité. Ce qu'une personne donnée considère comme essentiel à sa pratique religieuse peut aussi varier dans le temps. Cela s'explique par le fait que les niveaux de croyance personnelle et, partant, de pratique personnelle associée à cette croyance évoluent habituellement au cours de la vie d'une personne. Certains deviennent moins pratiquants avec le temps ; d'autres le sont plus. Parmi les adeptes d'une foi particulière, le niveau de pratique peut également fluctuer au cours de l'année religieuse. Une pratique renforcée – que l'adepte peut juger approprié de manifester de diverses manières – peut donc caractériser certains moments de l'année religieuse<sup>(9)</sup>, tandis qu'une pratique « réduite » peut paraître appropriée, à la même personne, à d'autres moments<sup>(10)</sup>.

**30.** Les questions qui sont soulevées dans les présentes conclusions ne concernent pas la seule religion islamique ni les seules personnes de sexe féminin. Le port de tenues vestimentaires religieuses ne se limite pas à une religion spécifique ni à un seul sexe. Dans certains cas, il existe des règles pouvant être qualifiées d'absolues, même si elles ne s'appliquent pas nécessairement à tous les adeptes de la religion en question ou dans toutes les circonstances. Dans d'autres cas, les adeptes peuvent disposer d'un ou plusieurs types de tenues et choisir de les porter soit en permanence (à tout le moins en public) ou dans les moments ou les endroits qu'ils jugent appropriés. Ainsi, à titre de simple exemple, les nonnes de religion catholique et anglicane devaient traditionnellement porter un habit comportant une coiffe ou un voile. Dans certains ordres, cette tenue distinctive peut aujourd'hui être remplacée par une petite croix discrète épinglée à une tenue civile ordinaire. De même, l'usage de la kippa<sup>(11)</sup> par les adeptes masculins de la religion juive est bien connu. Même si la question de savoir s'il existe une obligation d'avoir la tête couverte à tout moment (plutôt que pendant la seule prière) est largement débattue, de nombreux fidèles orthodoxes le font en pratique<sup>(12)</sup>. Les Sikhs de sexe masculin doivent généralement porter un dastar (ou turban) en tout temps et ne peuvent pas l'ôter en public<sup>(13)</sup>.

**31.** En outre, les adeptes d'une religion particulière peuvent disposer d'une variété de types de tenues religieuses. M<sup>me</sup> Bougnaoui semble avoir porté ce qu'on appelle un « hijab », c'est-à-dire une sorte de foulard qui couvre la tête et le cou mais laisse le visage dégagé. D'autres tenues portées par des femmes musulmanes sont le niqab, un voile intégral qui

couvre le visage en ne laissant qu'une ouverture pour les yeux, la burqa, un voile intégral qui couvre tout le corps et est muni d'un grillage devant le visage, et le tchador, ou chador, ou l'abaya, un voile noir qui recouvre tout le corps de la tête aux chevilles en laissant le visage dégagé<sup>(14)</sup>.

**32.** Enfin, pour ce qui concerne le type de vêtement que les adeptes de sexe féminin de la religion islamique peuvent choisir de porter sur la tête et le corps, je voudrais observer que, comme presque toutes les autres religions, la religion islamique comprend plusieurs écoles de pensée quant aux règles précises que doivent observer les fidèles. Toutes ces écoles n'imposent pas de règles à cet égard. Certaines sont d'avis que les femmes sont libres de ne porter aucune forme de pièce de vêtement particulière sur la tête ou le corps. D'autres écoles de pensée prescrivent aux femmes d'en porter en public en tout temps. Certaines femmes musulmanes peuvent adopter une approche sélective, en choisissant de porter une tenue religieuse ou non selon le contexte<sup>(15)</sup>.

**33.** Les questions ne se limitent d'ailleurs pas au port de tenues vestimentaires religieuses. L'usage de signes religieux a également donné lieu à des litiges et ces signes peuvent évidemment être de tailles et de significations variables. Par exemple, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Eweida, la Cour européenne des droits de l'homme a fondé une partie de son raisonnement sur le fait que la croix portée par M<sup>me</sup> Eweida était « discrète »<sup>(16)</sup>. Il apparaît que la croix en question était très petite et portée attachée à un collier autour du cou. Elle pouvait donc dans une certaine mesure, mais bien sûr pas totalement, passer inaperçue. D'autres adeptes de la foi chrétienne peuvent choisir de porter des croix nettement plus grandes, d'une longueur allant jusqu'à plusieurs centimètres. Parfois, cependant, il n'est pas raisonnable de demander à la personne concernée de faire un choix « discret ». Ainsi, on conçoit difficilement comment un Sikh de sexe masculin pourrait être discret ou passer inaperçu en observant l'obligation de porter un dastar<sup>(17)</sup>. Soit il porte le turban prescrit par sa religion, soit il ne le porte pas.

### *Les États membres*

**34.** Dans son arrêt rendu dans l'affaire Leyla Şahin c. Turquie, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que « il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [...] et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes »<sup>(18)</sup>. Rien ne suggère que cette situation ait changé au cours des quelque dix années qui se sont écoulées depuis le prononcé de cet arrêt.

**35.** Pour ce qui concerne la diffusion des croyances religieuses dans les États membres, les résultats d'une enquête commandée par la Commission européenne en 2012<sup>(19)</sup> montrent que, en moyenne, 74 %

des personnes dans l'Union européenne affirment avoir des croyances chrétiennes. Toutefois, les résultats étaient très différents selon les États membres. Pour Chypre, le chiffre était de 99 %, suivi de près par la Roumanie à 98 %, la Grèce à 97 %, Malte à 96 %, le Portugal à 93 % et l'Irlande à 92 %. En revanche, les pourcentages les plus bas ont été enregistrés en Estonie, à 45 %, et en République tchèque, à 34 %. Les pourcentages les plus élevés de personnes déclarées comme adeptes de la foi islamique ont été enregistrés en Bulgarie, à 11 %, suivie par la Belgique, à 5 %. Pour 16 États membres, le chiffre était de 0 %. Parmi celles se déclarant athées ou agnostiques, le niveau le plus élevé a été enregistré en République tchèque, avec 20 % et 39 % respectivement, tandis que 41 % de la population des Pays-Bas se déclare agnostique. Pour Chypre et la Roumanie, le chiffre était de 0 % dans les deux cas. S'agissant de la perception de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions dans les États membres, selon l'étude, 51 % des Européens la considèrent globalement comme rare ou inexistante, tandis que 39 % la considèrent comme largement répandue. La discrimination fondée sur ces motifs était perçue comme la plus répandue en France (66 %) et en Belgique (60 %), alors que le chiffre correspondant pour la République tchèque et la Lettonie était de 10 %.

**36.** La législation et la jurisprudence des États membres relatives au port de tenues vestimentaires religieuses dans un contexte d'emploi présentent aussi un grand degré de variété<sup>(20)</sup>.

**37.** À une extrémité du spectre, certains États membres ont adopté une législation imposant l'interdiction générale de porter certains types de tenues en public. Ainsi, tant la France<sup>(21)</sup> que la Belgique<sup>(22)</sup> ont adopté des lois interdisant de porter dans les lieux publics des tenues conçues pour dissimuler le visage. Même si ces lois ne visent pas spécifiquement le domaine de l'emploi, leur champ d'application est tel qu'elles peuvent inévitablement placer les femmes musulmanes qui choisissent de porter la burqa ou le niqab parmi les personnes dont la capacité d'accès au marché de l'emploi est limitée.

**38.** Sont également pertinents dans ce contexte les principes de laïcité et de neutralité<sup>(23)</sup>, qui, à nouveau, sont particulièrement importants en France et en Belgique. C'est sur la base de ces principes qu'il est interdit aux travailleurs du secteur public en France de porter des signes ou vêtements religieux au travail<sup>(24)</sup>. Les agents de l'État en Belgique sont également tenus strictement de respecter le principe de neutralité<sup>(25)</sup>.

**39.** D'autres États membres accordent une plus grande liberté à leurs agents. Ainsi, en Allemagne, le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale) a récemment jugé qu'une interdiction de porter des signes religieux au travail fondée sur un risque théorique d'atteinte à la neutralité de l'État dans le secteur de l'enseignement public était contraire à la liberté de culte et que donner la priorité aux valeurs judéo-

chrétiennes revenait à créer une discrimination directe injustifiée. C'est seulement lorsque l'apparence extérieure des enseignants peut engendrer ou contribuer à engendrer un risque suffisamment précis d'atteinte à la neutralité de l'État ou à la coexistence pacifique au sein du système scolaire qu'une telle interdiction peut être justifiée<sup>(26)</sup>. Dans d'autres États membres encore, le port de signes ou vêtements religieux par les agents de l'État ne fait l'objet d'aucune restriction de principe. Tel est le cas, par exemple, au Danemark, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni<sup>(27)</sup>. Il convient d'ajouter que, dans aucun de ces États membres, la loi n'institue de distinction formelle entre le statut des travailleurs du secteur public et celui des travailleurs du secteur privé.

**40.** S'agissant de l'emploi dans le secteur privé, il y a également de grandes différences entre les États membres. Je souligne qu'il semble n'y avoir en général pas de restrictions importantes en la matière. Celles que j'indiquerai ci-dessous constituent donc plutôt l'exception que la règle.

**41.** En France, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été appelée récemment, dans une affaire concernant une crèche du secteur privé située dans une zone défavorisée du département des Yvelines, à examiner un règlement édicté par un employeur, interdisant aux travailleurs d'inclure des signes religieux dans leur tenue vestimentaire. La directrice adjointe avait enfreint ce règlement en refusant d'ôter son foulard islamique et avait été licenciée. La juridiction nationale a jugé, eu égard notamment aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, que les restrictions à la liberté des travailleurs de manifester leurs convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Pour cette raison, les entreprises privées ne peuvent pas prévoir, dans les conditions d'emploi, de restrictions générales et imprécises à une liberté fondamentale. Toutefois, des restrictions qui sont suffisamment précises, justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être licites. La Cour de cassation a relevé à cet égard que l'entreprise en cause n'avait que 18 travailleurs et que ceux-ci étaient ou pouvaient être en relation directe avec de jeunes enfants et leurs parents. Sur cette base, elle a donc approuvé la restriction, précisant dans le même temps qu'il ne résultait pas de son arrêt que le principe de la laïcité de l'État, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la constitution, s'appliquait aux employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public<sup>(28)</sup>.

**42.** Même si le principe de laïcité ne s'applique généralement pas aux relations de travail dans le secteur privé en France, le port de tenues vestimentaires religieuses peut y faire l'objet de restrictions, premièrement, pour des raisons de santé, de sécurité ou d'hygiène, dans un but de protection des personnes<sup>(29)</sup>. Deuxièmement, ces restrictions peuvent être justifiées par les exigences de l'organisation du travail dans l'entreprise. Ainsi, i) un travailleur ne peut pas refuser d'accomplir des tâches qui sont clairement décrites dans son contrat de travail et connues

dès le début de la relation de travail<sup>(30)</sup> ; ii) il faut éviter un déséquilibre inacceptable entre les droits des travailleurs à exercer leur liberté de religion et les intérêts de l'entreprise ainsi qu'entre les travailleurs en général, par exemple en termes d'autorisations d'absence pour des fêtes religieuses<sup>(31)</sup> ; et iii) la relation avec la clientèle peut justifier une restriction, mais seulement en cas de trouble objectif causé à l'entreprise ; la simple crainte qu'un tel trouble survienne ne suffit pas<sup>(32)</sup>.

**43.** En Allemagne, un travailleur du secteur privé peut en principe se voir interdire de porter des signes religieux au travail, en vertu d'une convention collective ou du pouvoir de direction de l'employeur. Une telle interdiction ne peut néanmoins être qu'exceptionnelle<sup>(33)</sup>. Par contraste, aux Pays-Bas, le College voor de Rechten van de Mens (institut des droits de l'homme) a décidé qu'une règle ou une consigne interdisant expressément le port de signes religieux doit être considérée comme une discrimination directe<sup>(34)</sup>.

**44.** Dans plusieurs États membres, certaines restrictions au port de tenues vestimentaires et de signes religieux par des travailleurs du secteur privé ont été admises sur la base i) de la santé et de sécurité<sup>(35)</sup> et ii) des intérêts commerciaux de l'employeur<sup>(36)</sup>.

#### *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

**45.** La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui se trouve consacrée à l'article 9 de la CEDH, représente l'une des « assises d'une société démocratique » au sens de la CEDH<sup>(37)</sup> et que la liberté de religion implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, et en public<sup>(38)</sup>. Elle a jugé qu'une mesure consistant à interdire de porter un foulard islamique constitue une ingérence dans ce droit<sup>(39)</sup>.

**46.** Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les éléments qui nous intéressent au premier chef pour les présentes conclusions concernent i) la dérogation à la règle générale de la liberté de religion prévue à l'article 9, paragraphe 2, de la CEDH et ii) l'article 14 de la CEDH, qui interdit la discrimination fondée sur certains motifs, dont la religion.

**47.** Une part importante de cette jurisprudence a porté sur l'application de règles nationales relatives au port de tenues vestimentaires islamiques. Dans ces affaires, après avoir établi qu'il y a eu ingérence avec le droit consacré d'une manière générale à l'article 9, paragraphe 1, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie ensuite si la mesure en cause était « nécessaire dans une société démocratique », aux fins de l'article 9, paragraphe 2. Dans le cadre de cet examen, elle détermine si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe, c'est-à-dire si les motifs invoqués pour les justifier apparaissent « pertinents et suffisants »,

et sont proportionnées au but légitime poursuivi. Pour statuer sur ce dernier point, elle doit mettre en balance les exigences de la protection des droits et libertés d'autrui avec le comportement reproché au requérant<sup>(40)</sup>. Dans la mesure où, pour les raisons que j'exposerai au point 81 ci-dessous, je n'entends pas examiner en détail dans les présentes conclusions des mesures adoptées par l'État, je n'évoquerai que brièvement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine. Il est toutefois utile de mettre en évidence certaines des affaires dans lesquelles cette cour a estimé que les mesures en cause satisfaisaient au contrôle de ce qui est « proportionné au but légitime poursuivi ».

**48.** Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé notamment :

- que l'interdiction de porter un foulard islamique dans le cadre d'une activité d'enseignement, imposée à une enseignante exerçant auprès d'enfants en « bas âge » dans l'enseignement public, était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique; elle était donc « nécessaire dans une société démocratique »<sup>(41)</sup> ;
- que des principes similaires s'appliquaient à l'obligation de se présenter sans couvre-chef (en l'espèce, un foulard islamique) imposée à une femme professeur d'université associée, qui avait le statut de fonctionnaire<sup>(42)</sup> et à une interdiction analogue imposée à une femme professeur de religion dans une école secondaire de l'enseignement public<sup>(43)</sup> ;
- que, de manière similaire, l'interdiction de porter une tenue vestimentaire religieuse (en l'espèce, un foulard islamique) imposée à une assistante sociale travaillant en service de psychiatrie d'un hôpital public, n'enfreignait pas l'article 9 de la CEDH<sup>(44)</sup>.

**49.** Dans ce dernier arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a statué pour la première fois sur une interdiction imposée à des travailleurs du secteur public en dehors du domaine de l'enseignement. Elle a jugé qu'il existait dans ce cadre un lien entre la neutralité du service public hospitalier et l'attitude de ses agents, qui suppose que les patients ne puissent en aucun cas douter de cette impartialité. L'État contractant n'avait pas outrepassé la marge d'appréciation qui lui est reconnue par l'article 9, paragraphe 2, de la CEDH<sup>(45)</sup>.

**50.** Dans un autre contexte, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la protection de la santé et la sécurité des infirmières et des patients dans un service public hospitalier constituait un objectif légitime. S'agissant des mesures requises pour assurer une telle protection dans un service hospitalier, une marge d'appréciation étendue doit être accordée aux autorités internes. Une restriction concernant le port d'une croix (chrétienne) pendue à une chaîne, qui était « à la fois visible et accessible », imposée à une infirmière travaillant dans le service de gériatrie dans un hôpital psychiatrique n'était pas disproportionnée et était nécessaire dans une société démocratique<sup>(46)</sup>.

**51.** En revanche, concernant l'interdiction générale de porter en public des tenues conçues pour dissimuler le visage, imposée par la législation française, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, s'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publiques, au sens notamment de l'article 9 de la CEDH, une telle interdiction ne pouvait passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique<sup>(47)</sup>.

**52.** Dans le domaine de l'emploi dans le secteur privé, il n'existe actuellement qu'un seul arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui soit directement pertinent pour la question du port de tenues vestimentaires religieuses, à savoir l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*<sup>(48)</sup>. Dans le cas de M<sup>me</sup> Eweida, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie de la question du port visible d'une croix, décrite comme « discrète », en violation (à l'époque) de la réglementation de travail, qui visait à projeter une certaine image commerciale. La Cour a jugé que cette restriction constituait une ingérence dans les droits de la requérante au titre de l'article 9, paragraphe 1, de la CEDH<sup>(49)</sup>. Pour déterminer si la mesure en question était justifiée dans son principe et proportionnée, il fallait rechercher un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'État jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation<sup>(50)</sup>. La volonté qu'avait l'employeur de projeter une certaine image commerciale était légitime mais devait être mise en balance avec la volonté de M<sup>me</sup> Eweida de manifester sa conviction religieuse. Dans la mesure où la croix de cette dernière était discrète, elle ne pouvait pas nuire à son apparence professionnelle. L'employeur avait autorisé d'emblée d'autres membres du personnel à porter d'autres éléments vestimentaires religieux tels que le turban ou le hijab et avait ensuite modifié son code vestimentaire pour permettre le port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse. Dans la mesure où aucune atteinte réelle aux intérêts d'autrui n'avait été établie, les instances nationales – en l'espèce, les juridictions nationales qui avaient rejeté les recours de M<sup>me</sup> Eweida – n'avaient pas suffisamment protégé le droit de celle-ci à manifester sa religion, en violation de l'obligation positive découlant de l'article 9 de la CEDH<sup>(51)</sup>.

**53.** S'agissant de la fonction de la tenue vestimentaire islamique et de son rôle dans la vie des femmes qui le portent, je voudrais m'arrêter un instant sur ce qui apparaît comme un changement de cap de la Cour européenne des droits de l'homme, entre sa jurisprudence la plus ancienne et des arrêts plus récents<sup>(52)</sup>. Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*<sup>(53)</sup>, par exemple, elle a dit : « Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui [...] est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et



surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves »<sup>(54)</sup>.

**54.** En revanche, dans son arrêt *S.A.S. c. France*<sup>(55)</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté les arguments du gouvernement français tirés de l'égalité des sexes, dans les termes suivants :

« 119. [...] La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent [l'article 8, paragraphe 2, et l'article 9, paragraphe 2, de la CEDH], sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux [...]

120. [...] aussi essentiel soit-il, le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. [...] ».

**55.** L'autre point sur lequel je voudrais souligner un changement de perspective est celui de la liberté qu'ont les travailleurs d'abandonner leur emploi et, partant, en trouver un autre ailleurs. Dans une décision plus ancienne, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé que cette liberté était « la garantie fondamentale [du droit du travailleur] à la liberté de religion »<sup>(56)</sup>. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme elle-même a adopté un autre point de vue, observant que, « [v]u l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi exclurait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction »<sup>(57)</sup>.

**56.** Pour ce qui concerne les griefs de violation de l'article 14 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que cet article n'a pas d'existence autonome puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres dispositions normatives de la CEDH et des protocoles<sup>(58)</sup>. Dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*<sup>(59)</sup>, elle a jugé, s'agissant de M<sup>me</sup> Eweida, que, étant donné qu'elle avait constaté la violation de l'article 9, il n'était pas nécessaire d'examiner séparément le grief soulevé par l'intéressée sur le terrain de l'article 14<sup>(60)</sup>. S'agissant de la deuxième requérante dans cette affaire, elle a jugé que les éléments à mettre en balance pour apprécier la proportionnalité de la mesure sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 9 seraient similaires et que rien ne lui permettait donc de conclure non plus à une violation de cette première disposition dès lors qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 9<sup>(61)</sup>.

**57.** L'objectif du protocole n° 12 à la CEDH est de renforcer la protection contre la discrimination, mais il reste à ce jour d'une importance très limitée. Plus précisément, il n'a été ratifié à ce jour que par neuf États membres<sup>(62)</sup> et il n'existe encore que très peu de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à son sujet<sup>(63)</sup>.

*Les différences entre l'approche basée sur les restrictions et l'approche basée sur la discrimination*

**58.** Dans ses observations écrites, Micropole a souligné la différence fondamentale qui existe selon elle, dans ce domaine du droit, entre la restriction à un droit et la prohibition de la discrimination. Leurs champs d'application sont différents et la première est nettement plus souple que la seconde. Micropole souligne qu'il convient de les distinguer.

**59.** Il s'agit d'une question importante et qui appelle un examen plus attentif.

**60.** Il est vrai en effet que l'approche primaire de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'application de la CEDH, a été d'adopter, pour ce qui concerne l'article 9, ce que j'appellerais une approche fondée sur les restrictions. Ainsi que je l'ai indiqué au point 56, le rôle joué par l'article 14 a été accessoire. La Charte ayant valeur contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, on pourrait s'attendre à voir la Cour adopter maintenant la même approche dans l'application des dispositions correspondantes de cet instrument, à savoir les articles 10 et 21.

**61.** Cette position me paraît trop simpliste.

**62.** La directive 2000/78 institue une série de prohibitions en matière de discrimination. Elle suit ainsi l'approche qui a été adoptée dans ce qui est maintenant le droit de l'UE depuis sa naissance<sup>(64)</sup>. Concernant la discrimination en fonction de l'âge, la Cour a jugé que le principe de non-discrimination doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union qui a été concrétisé par la directive 2000/78 dans le domaine de l'emploi et du travail<sup>(65)</sup>. La même conclusion doit s'appliquer au principe de non-discrimination fondée sur la religion et les convictions.

**63.** Dans le même temps, il existe toutefois une différence fondamentale dans l'analyse intellectuelle qui sous-tend les deux approches. Il est vrai que l'analyse peut être la même pour l'essentiel concernant la discrimination indirecte, dans la mesure où les dérogations permises par la législation de l'UE exigent qu'il y ait un objectif légitime qui soit proportionné, ce qui reflète l'analyse sous l'empire de la CEDH. S'agissant de la discrimination directe, cependant, la protection accordée par le droit de l'UE est plus élevée. Ici, une ingérence dans un droit garanti par la CEDH peut toujours être justifiée par le fait qu'elle poursuit un objectif légitime et qu'elle est proportionnée. En vertu de la législation de l'UE, en

revanche, les dérogations ne sont autorisées que pour autant que la mesure en question les prévoie de manière spécifique<sup>(66)</sup>.

**64.** Cette différence d'approche me semble parfaitement légitime : l'article 52, paragraphe 3, de la Charte prévoit expressément que le droit de l'UE peut accorder une protection plus étendue que celle de la CEDH.

**65.** Je voudrais observer en passant qu'il est clair que les règles relatives à la discrimination indirecte peuvent être nettement plus souples que celles qui concernent la discrimination directe. On pourrait objecter que les règles du droit de l'UE concernant la dernière catégorie sont appliquées de manière inutilement rigide et qu'il serait opportun de procéder à une sorte de « fusion » des deux catégories.

**66.** Je ne pense pas que ce soit le cas.

**67.** La distinction entre les deux catégories de discriminations est un élément fondamental de ce domaine du droit de l'UE. Je ne vois pas de raison de s'en écarter, avec l'inévitable perte de sécurité juridique qui en résulterait. Parce que cette distinction est claire, l'employeur est forcé de réfléchir soigneusement aux règles précises qu'il souhaite édicter dans son règlement de travail. Ce faisant, il doit considérer dûment les limites qu'il souhaite tracer et leur application à son personnel.

#### *La prohibition de la discrimination en droit de l'UE*

**68.** À l'origine, lorsque le traité de Rome a été adopté, la seule disposition substantielle de son titre consacré à la politique sociale était l'article 119, imposant expressément aux États membres d'assurer l'égalité de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe. Les autres dispositions de ce titre avaient une portée limitée et conféraient peu de droits directs aux citoyens. Les choses ont changé considérablement dans l'Union européenne depuis lors.

**69.** Au début, la protection s'est surtout développée en matière d'emploi, avec l'adoption de la directive 75/117 relative à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins<sup>(67)</sup>, suivie de la directive 76/207, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi<sup>(68)</sup> et de l'arrêt de principe rendu par la Cour dans l'affaire Defrenne II<sup>(69)</sup>. Il en est résulté une prohibition de la discrimination fondée sur le sexe dans le cadre de la législation pertinente, assortie (en vertu de l'arrêt de la Cour) d'une distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte.

**70.** L'adoption de l'article 13 CE (actuellement, après amendement, article 19 TFUE) après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le 1<sup>er</sup> mai 1999, a renforcé les moyens de lutter contre la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un

handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Cette disposition du traité a constitué la base de la directive 2000/43, relative à la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique<sup>(70)</sup>, et de la directive 2000/78<sup>(71)</sup>. Chacune de ces directives suit la même structure : elle prévoit une interdiction générale de la discrimination directe, sous la seule réserve de dérogations spécifiques prévues par la législation, couplée à une interdiction de la discrimination indirecte, qui peut cependant être justifiée lorsque la mesure en cause est objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires<sup>(72)</sup>.

**71.** Dans ses conclusions présentées dans l'affaire Coleman<sup>(73)</sup>, l'avocat général Poiares Maduro a souligné que l'égalité fait partie des principes fondamentaux du droit de l'UE. Selon lui, les valeurs qui sous-tendent cette égalité sont la dignité humaine et l'autonomie personnelle. Dans sa plus simple expression, la dignité humaine suppose la reconnaissance de la valeur égale de tous les individus. Pour sa part, l'autonomie personnelle exige (pour reprendre ses mots) « que les individus puissent définir le cours de leur propre existence et mener celle-ci en effectuant des choix successifs entre plusieurs options valables ». Des caractéristiques telles que la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle ne devraient jamais entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il se justifie ou non de traiter quelqu'un moins favorablement<sup>(74)</sup>. L'avocat général a poursuivi en ces termes :

« 11. De même, l'engagement en faveur de l'autonomie signifie que les personnes ne doivent pas être privées par le biais de classifications suspectes d'options valables dans des domaines d'importance fondamentale pour leur existence. L'accès à l'emploi et l'épanouissement professionnel sont d'une importance cruciale pour tout individu, non seulement parce qu'ils sont un moyen pour celui-ci de gagner sa vie, mais aussi parce qu'ils constituent un moyen important de s'accomplir soi-même et de réaliser son potentiel. Quiconque traite de façon discriminatoire une personne appartenant à une catégorie visée par une classification suspecte prive injustement celle-ci d'options valables. Partant, la capacité de cette personne de mener une vie autonome se trouve gravement compromise, puisqu'un aspect important de son existence est déterminé non par ses propres choix, mais par les préjugés d'un autre. En traitant les personnes appartenant à une telle catégorie moins favorablement à cause de leurs caractéristiques, on les empêche d'exercer leur autonomie. Dans cette situation, il est justifié et raisonnable d'appliquer des dispositions de lutte contre la discrimination. En substance, lorsque nous montrons un attachement à l'égalité et que nous nous engageons à réaliser cette égalité par la voie juridique, nous nous donnons pour objectif de garantir à toute personne les conditions nécessaires à son autonomie ».

**72.** Je souscris entièrement à ces observations. Elles soulignent que la discrimination a des conséquences à la fois économiques (parce qu'elle peut affecter la capacité d'une personne à gagner sa vie sur le marché de l'emploi) et morales (parce qu'elle peut affecter l'autonomie de cette personne). J'ajouterais que la législation anti-discrimination doit, comme toute autre législation, être appliquée d'une manière effective. Elle doit également être appliquée conformément aux principes établis.

### *Le prosélytisme et le comportement au travail*

**73.** Lorsque l'employeur conclut un contrat d'emploi avec un travailleur, il n'achète pas l'âme de cette personne. Il achète toutefois son temps. Pour cette raison, je trace une nette distinction entre la liberté de manifester sa religion – dont l'étendue et les éventuelles limitations dans le cadre de l'emploi sont au cœur de la procédure devant la juridiction nationale – et le prosélytisme en faveur de sa religion. Comme je le démontrerai, concilier la liberté de manifester sa religion avec la liberté d'entreprise exigera un difficile exercice d'équilibre entre deux droits en conflit. La pratique du prosélytisme n'a, selon moi, tout simplement pas sa place dans le cadre du travail. Il est donc légitime pour l'employeur d'édicter et d'appliquer des règles interdisant le prosélytisme, tant pour s'assurer que le temps de travail qu'il rémunère soit utilisé pour son entreprise que pour créer des conditions de travail harmonieuses pour son personnel<sup>(75)</sup>. Je devrais préciser que je considère le port de tenues distinctives dans le cadre de la pratique religieuse comme relevant clairement de la première catégorie, et non de la seconde.

**74.** Je trace une distinction tout aussi nette entre, d'une part, des règles édictées à bon droit par une entreprise, précisant certains modes de comportement qui sont attendus du personnel (« à tout moment, soyez poli envers les clients ») ou qui ne sont pas autorisés (« lorsque vous représentez l'entreprise lors de rencontres avec les clients, ne fumez pas, ne mâchez pas de gomme, ne buvez pas d'alcool ») et, d'autre part, des règles qui s'ingèrent dans les droits individuels d'une catégorie particulière de travailleurs sur la base d'une caractéristique prohibée (qu'il s'agisse de la religion ou d'une autre des caractéristiques que le législateur a prohibées en tant que base d'une discrimination). La nature pernicieuse de l'argument selon lequel « parce que notre travailleur X porte un foulard islamique » (ou une kippa, ou un dastar) (ou est noir, homosexuel ou femme) « cette personne ne peut pas avoir un comportement approprié envers nos clients » n'appelle pas plus de commentaires.

### *L'égalité des sexes*

**75.** Certains voient dans le port d'un foulard une affirmation féministe, représentant le droit d'une femme à affirmer ses choix et sa liberté religieuse d'être une musulmane qui souhaite manifester sa foi de cette manière. D'autres voient dans le foulard un symbole d'oppression des femmes. Les deux positions trouveront sans aucun doute confirmation dans des cas individuels et des contextes particuliers<sup>(76)</sup>. Ce que la Cour ne doit pas faire, selon moi, c'est adopter le point de vue selon lequel, parce que le port du foulard peut ou doit dans certains cas être considéré comme une oppression, tel est toujours le cas. Je suivrais plutôt la position de la Cour européenne des droits de l'homme, citée au point 54

des présentes conclusions ; la chose doit être considérée comme une expression de liberté culturelle et religieuse.

## **Appréciation**

### *La portée de la question préjudicielle*

**76.** Par sa question, la juridiction de renvoi demande à la Cour de l'éclairer sur l'application de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 au souhait (qui a apparemment mené au licenciement de la travailleuse) exprimé par un client à un employeur de ne plus voir les services de l'employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique. La juridiction de renvoi demande si ce souhait peut constituer une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de cette disposition, en raison de la nature de l'activité professionnelle concernée ou des conditions de son exercice.

**77.** La formulation de la question et le contexte du litige au principal soulèvent un certain nombre de questions.

**78.** Premièrement, alors que la juridiction de renvoi utilise le terme « foulard » dans la question qu'elle soumet à la Cour, elle parle de « voile » dans d'autres parties de l'ordonnance<sup>(77)</sup>. En réponse à des questions que la Cour a posées lors de l'audience, il est apparu clairement que les deux termes doivent être entendus comme des synonymes. L'élément vestimentaire en question consistait en un couvre-chef qui laissait le visage entièrement dégagé. J'utiliserai ci-dessous le terme « foulard » dans un souci de cohérence et de clarté.

**79.** Deuxièmement, alors qu'il ressort clairement de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/78 que son champ d'application comprend tant le secteur public que le secteur privé, il ne fait aucun doute que les champs d'application des règles nationales relatives à ces secteurs peuvent différer, considérablement dans certains cas<sup>(78)</sup>. Dans ses observations écrites comme en plaidoirie, le gouvernement français a beaucoup insisté sur la séparation rigoureuse qui caractérise le secteur public de cet État membre en application du principe de laïcité. Dans la mesure où la présente affaire concerne une relation de travail du secteur privé, ce gouvernement suggère que la Cour devrait limiter sa réponse à ce seul secteur. En d'autres termes, elle ne devrait pas traiter les questions qui concernent le personnel du secteur public.

**80.** Tout en admettant lors de l'audience que le champ d'application de la directive 2000/78 s'étendait au secteur public, le gouvernement français est resté inflexible quant à la primauté des règles de la laïcité dans ce secteur, une position qui, dans ses observations, est fondée essentiellement sur l'article 3, paragraphe 1, de la directive, lu à la lumière de l'article 4, paragraphe 2, TUE.

**81.** Je reconnais que les relations exactes entre la directive et les dispositions nationales, y compris les dispositions de droit constitutionnel, peuvent donner lieu à des débats complexes dans le présent contexte. En disant cela, je souhaite préciser que je n'admets ni ne rejette la position du gouvernement français pour ce qui concerne l'application du principe de laïcité à l'emploi dans le secteur public, dans le contexte de la directive 2000/78. Les autres parties qui ont présenté des observations à la Cour dans cette affaire n'ont pas abordé ce sujet, de sorte que les questions qui se poseraient ou pourraient se poser n'ont pas fait l'objet de débats détaillés. Je me limiterai donc ci-dessous au seul secteur privé.

**82.** Troisièmement, l'ordonnance de renvoi ne fournit que peu d'informations quant aux circonstances factuelles de l'affaire au principal. Il est donc difficile d'établir avec certitude le contexte précis dans lequel est apparue la question posée par la juridiction de renvoi. Je reviendrai sur ce point ultérieurement<sup>(79)</sup>.

*Y a-t-il eu discrimination illégale dans l'affaire au principal ?*

**83.** Le point de départ de toute analyse, pour déterminer s'il y a eu discrimination illégale dans l'affaire au principal, doit être la lettre de licenciement. Or, cette lettre n'indique pas clairement la teneur de l'interdiction qui s'appliquait à M<sup>me</sup> Bougnaoui. Invitée à s'exprimer sur ce point lors de l'audience, celle-ci a soutenu que l'interdiction s'appliquait au port du foulard islamique lors des contacts avec les clients de l'entreprise. Micropole a déclaré qu'il était interdit au personnel, de manière générale, de porter des signes religieux (y compris, il faut le supposer, des éléments vestimentaires) lorsqu'il était présent dans les locaux de ces clients. Cette interdiction s'appliquait à toutes les religions et convictions.

**84.** Quoi qu'il en soit, il paraît clair cependant que le licenciement de M<sup>me</sup> Bougnaoui était lié à une règle du code vestimentaire de son employeur interdisant de porter des tenues vestimentaires religieuses.

**85.** On peut toutefois remarquer aussi que le licenciement n'a en fait pas été fondé sur la religion (c'est-à-dire le fait que la travailleuse appartenait à la religion musulmane) mais sur la manifestation de cette religion (c'est-à-dire le fait qu'elle portait un foulard). La prohibition édictée par la directive 2000/78 concerne-t-elle non seulement la religion ou les convictions d'un travailleur, mais aussi les manifestations de cette religion ou de ces convictions ?

**86.** Selon moi, oui.

**87.** Il est vrai que la directive ne contient aucune référence expresse à la question de la manifestation. Toutefois, il suffit de parcourir l'article 9 de la CEDH et l'article 10 de la Charte pour constater que, dans les deux cas,

le droit de manifester sa religion ou ses convictions doit être entendu comme faisant partie intégrante de la liberté que ces dispositions consacrent. Chacune de ces dispositions, après avoir énoncé le droit à la liberté de religion, poursuit ainsi en affirmant que cette liberté « implique » le droit de la manifester. Selon moi, le silence de la directive à cet égard ne signifie donc rien<sup>(80)</sup>. Pour ne donner qu'un exemple : s'il en allait autrement, un Sikh de sexe masculin, qui doit porter un turban en vertu de sa religion, ne jouirait d'aucun droit concernant cette manifestation particulière de ses croyances et risquerait donc d'être privé de la protection que la directive a précisément pour objectif de lui accorder.

**88.** Sur cette base, il semble impossible de ne pas conclure que M<sup>me</sup> Bougnaoui a été traitée de manière moins favorable, sur la base de sa religion, qu'une autre personne ne l'aurait été dans une situation comparable. Un ingénieur d'études travaillant chez Micropole qui n'aurait pas choisi de manifester ses croyances religieuses en portant une tenue vestimentaire particulière n'aurait pas été licencié<sup>(81)</sup>. Le licenciement de M<sup>me</sup> Bougnaoui constituait donc une discrimination directe à son encontre, basée sur sa religion ou ses convictions, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78.

**89.** En conséquence, ce licenciement n'aurait été licite qu'en cas d'application d'une des dérogations prévues à la directive. La juridiction nationale ayant formulé sa question par rapport à l'article 4, paragraphe 1, je commencerai par examiner cette disposition.

*L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78*

**90.** L'article 4 est intitulé « Exigences professionnelles ». Lorsqu'il est satisfait aux conditions du paragraphe 1, une différence de traitement qui, autrement, constituerait une discrimination, échappe au champ d'application de la directive. Peu importe à cet égard que la différence de traitement constitue une discrimination directe ou indirecte. J'en viens maintenant à ces conditions.

**91.** Premièrement, l'article 4 ne s'applique pas automatiquement. Il faut que l'État membre l'ait « prévu »<sup>(82)</sup>. La juridiction de renvoi vise dans son ordonnance l'article L. 1133-1 du code du travail, sans préciser que telle est la disposition de la législation nationale qui doit mettre en œuvre l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Je présume néanmoins que tel est le cas.

**92.** Deuxièmement, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination seulement lorsque cette différence de traitement est « fondée sur une caractéristique » liée à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>. La Cour a jugé que « c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique



liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante »<sup>(83)</sup>.

**93.** Dans la présente affaire, la lettre qui a mis fin à la relation de travail de M<sup>me</sup> Bougnaoui affirme qu'elle a été licenciée en raison de son prétendu manquement ou refus de respecter les règles édictées par son employeur en matière de port d'un couvre-chef religieux lors de ses contacts avec la clientèle. Dans la mesure où le port d'un foulard islamique est (ou à tout le moins devrait être considéré comme étant) la manifestation d'une croyance religieuse<sup>(84)</sup>, une règle qui interdit de porter un tel couvre-chef est à l'évidence susceptible de constituer une « caractéristique liée » à la religion ou aux convictions. Il convient de considérer que cette condition est également remplie.

**94.** Troisièmement, la caractéristique en question doit constituer une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice. En outre, l'objectif doit être légitime et l'exigence proportionnée.

**95.** La Cour a jugé que l'article 4, paragraphe 1, est de stricte interprétation<sup>(85)</sup>. En effet, étant donné que le considérant 23 de la directive précise que la dérogation ne doit s'appliquer que « [d]ans des circonstances très limitées », il serait extrêmement difficile d'en décider autrement. Il s'ensuit que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit s'appliquer d'une manière précise<sup>(86)</sup>. Cette disposition ne peut pas être employée pour justifier une exception générale pour toutes les activités qu'un travailleur peut en théorie exercer.

**96.** Le caractère limité de la dérogation se reflète dans la formulation de l'article 4, paragraphe 1. Non seulement l'exigence professionnelle doit être « essentielle », mais elle doit aussi être « déterminante ». Il s'ensuit, ainsi que le gouvernement suédois l'a observé à bon droit selon moi, que la dérogation doit être limitée à des éléments qui sont absolument nécessaires pour exercer l'activité professionnelle en question.

**97.** Appliquant cette disposition dans le cadre de la discrimination liée à l'âge, la Cour a admis qu'une exigence basée sur l'âge, quant au fait de disposer de capacités physiques particulièrement importantes, peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice de la profession de pompier, dont les activités sont caractérisées par leur caractère physique et comprennent la lutte contre le feu et le secours aux personnes<sup>(87)</sup>. Elle a également jugé qu'il était satisfait à cette condition dans le cas d'une condition d'âge pour la retraite de pilotes de ligne, considérant qu'il était indéniable que les capacités physiques diminuent avec l'âge et que les défaillances physiques pour cette profession sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes<sup>(88)</sup>. De même, elle a admis que le fait de posséder des capacités physiques particulières peut satisfaire à ce critère pour ce qui

concerne une condition d'âge pour accéder à la profession d'agent de police, considérant que les fonctions concernant la protection des personnes et des biens, l'arrestation et la surveillance des auteurs de faits délictueux ainsi que les patrouilles préventives peuvent exiger l'utilisation de la force physique<sup>(89)</sup>.

**98.** La Cour a eu l'occasion d'examiner une dérogation similaire au principe de l'égalité de traitement en fonction du sexe, prévue à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207<sup>(90)</sup>, dans le cadre d'une discrimination directe basée sur le sexe et le service dans les forces armées. Les conclusions différentes auxquelles la Cour est parvenue, quant à la possibilité d'appliquer la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 2, de cette directive<sup>(91)</sup>, dans les affaires Sirdar<sup>(92)</sup> et (moins de trois mois plus tard) Kreil<sup>(93)</sup>, confirment la nécessité d'examiner minutieusement l'argument selon lequel une caractéristique donnée est essentielle pour exercer une activité donnée. Elles montrent également qu'il convient de prendre en compte à la fois l'activité et les conditions de son exercice (plutôt que l'un ou l'autre de ces éléments pris isolément) afin de déterminer si une caractéristique donnée est vraiment et véritablement essentielle (ou, pour employer la formulation de la directive 2000/78, constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »).

**99.** S'agissant de la prohibition de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'application évidente de la dérogation se situerait dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. Ainsi, par exemple, il serait possible d'exclure, pour ces raisons, un travailleur Sikh de sexe masculin qui persisterait, pour des raisons religieuses, à porter un turban pour travailler à un poste qui exigerait le port d'un couvre-chef de protection. Il pourrait en aller de même pour une femme musulmane travaillant à des machines industrielles dangereuses et qui, en portant une tenue vestimentaire particulière, pourrait s'exposer à des risques sérieux en matière de sécurité. Sans vouloir exclure qu'il existe d'autres circonstances dans lesquelles la prohibition de la discrimination fondée sur la religion ou les conditions relèverait de l'article 4, paragraphe 1, je peine à discerner ce qu'elles pourraient être.

**100.** Or, je ne vois aucune base sur laquelle les motifs que Micropole semble avancer dans la lettre de licenciement de M<sup>me</sup> Bougnaoui, à savoir l'intérêt commercial de l'entreprise dans ses relations avec la clientèle, pourraient justifier l'application de la dérogation prévue à l'article 4, paragraphe 1. Ainsi que la Commission l'observe à juste titre, premièrement, la Cour a jugé qu'une discrimination directe (ce qui, selon moi, s'est produit en l'espèce) ne peut pas être justifiée par le préjudice financier que pourrait subir l'employeur<sup>(94)</sup>. Deuxièmement, alors que la liberté d'entreprise fait partie des principes généraux du droit de l'UE<sup>(95)</sup> et est désormais consacrée à l'article 16 de la Charte, la Cour a jugé que cette liberté « n'apparaît pas comme une prérogative absolue, mais doit

être pris[e] en considération par rapport à sa fonction dans la société [...]. Ainsi, des limitations peuvent être apportées à l'exercice de cette liberté pourvu, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, qu'elles soient prévues par la loi et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles soient nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui »<sup>(96)</sup>. La Cour a jugé à cet égard que, s'agissant de la sauvegarde de la liberté fondamentale de recevoir des informations et de la liberté ainsi que du pluralisme des médias garantis par l'article 11 de la Charte, il était loisible au législateur de l'Union d'adopter des règles comportant des limitations de la liberté d'entreprise tout en privilégiant, au regard de la nécessaire pondération des droits et des intérêts concernés, l'accès du public à l'information par rapport à la liberté contractuelle qu'implique la liberté d'entreprise<sup>(97)</sup>.

**101.** Le même raisonnement doit s'appliquer ici pour ce qui concerne le droit de ne pas subir de discrimination. En tout état de cause, interpréter l'article 4, paragraphe 1, de la manière suggérée par Micropole risquerait de « banaliser » la dérogation que cette disposition prévoit. Ce ne saurait être correct. Ainsi que je l'ai déjà indiqué<sup>(98)</sup>, cette dérogation n'est appelée à s'appliquer que dans des circonstances très limitées.

**102.** Je ne vois donc pas sur quelle base l'activité exercée par M<sup>me</sup> Bougnaoui en tant que travailleuse de Micropole pourrait être considérée comme relevant de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78. Rien dans l'ordonnance de renvoi ni dans les autres informations dont dispose la Cour ne suggère que le fait de porter un foulard islamique empêchait en quoi que ce soit M<sup>me</sup> Bougnaoui d'accomplir ses tâches en tant qu'ingénieur d'études – en fait, la lettre de licenciement vise expressément sa compétence professionnelle. Quels qu'aient été les termes précis de l'interdiction qui s'appliquait à elle, la consigne de ne pas porter un foulard lors des contacts avec la clientèle de son employeur ne pouvait pas, selon moi, constituer une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

#### *Les autres dérogations en matière de discrimination directe*

**103.** Avant de conclure mon analyse relative à la discrimination directe, j'examinerai les autres dérogations qui peuvent s'appliquer à ce type de discrimination en vertu de la directive 2000/78.

**104.** La première est celle que prévoit l'article 2. Cette disposition est inhabituelle dans la mesure où elle est sans équivalent dans le reste de la législation anti-discrimination de l'UE<sup>(99)</sup>. La Cour a jugé que cette disposition est destinée à prévenir et arbitrer un conflit entre, d'une part, le principe de l'égalité de traitement et, d'autre part, la nécessité d'assurer l'ordre, la sécurité et la santé publics, la prévention des infractions ainsi que la protection des droits et des libertés individuels, lesquels sont

indispensables au fonctionnement d'une société démocratique. Elle a également jugé que, instituant une dérogation au principe d'interdiction des discriminations, cette disposition doit être interprétée de manière stricte<sup>(100)</sup>.

**105.** La dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 5, ne peut pas s'appliquer dans l'affaire au principal. Premièrement, rien n'indique que le législateur national aurait adopté une quelconque mesure donnant effet à cette dérogation. Deuxièmement, même si tel était le cas, je ne vois pas comment une telle mesure pourrait être invoquée pour justifier une discrimination comme celle qui est en cause. Je rejette l'idée qu'une interdiction faite aux travailleurs de porter une tenue vestimentaire religieuse lors de leurs contacts avec la clientèle de leur entreprise puisse être nécessaire à « la protection des droits et des libertés individuels, *lesquels sont indispensables au fonctionnement d'une société démocratique* »<sup>(101)</sup>. Pour autant qu'un tel argument soit pertinent aux fins de la directive 2000/78, il doit être examiné dans le cadre de la marge d'appréciation que les règles relatives à la discrimination indirecte peuvent permettre<sup>(102)</sup> et non dans celui de la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 5.

**106.** La seconde est l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78. Cette disposition s'applique aux « activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ». Le considérant 24 de la directive montre que cette disposition est destinée à mettre en œuvre la déclaration n° 11 relative au statut des églises et des organisations non confessionnelles<sup>(103)</sup>. Étant donné la nature des activités de Micropole, cette dérogation ne peut pas s'appliquer en l'espèce.

**107.** Les deux dernières dispositions dérogeant au principe de l'égalité de traitement sont prévues aux articles 6 et 7 de la directive. La première concerne la justification de certaines différences de traitement fondées sur l'âge et la seconde, des mesures que les États membres maintiennent ou adoptent pour prévenir ou compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>. Elles ne sont manifestement pas pertinentes dans le cas d'espèce.

**108.** Au vu de tout ce qui précède, je considère qu'une règle du règlement de travail d'une entreprise qui interdit aux travailleurs de porter des signes ou tenues vestimentaires religieux lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle de leur entreprise constitue une discrimination directe à laquelle ne s'appliquent ni l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ni aucune des autres dérogations à la prohibition de la discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions que prévoit la directive. Il en va ainsi, a fortiori, si la règle en question s'applique au seul port d'un foulard islamique.

### *La discrimination indirecte*

**109.** En un sens, la conclusion que je viens d'exposer au point 108 pourrait être considérée comme suffisante pour répondre à la question de la juridiction de renvoi. Il est possible, toutefois, que la Cour soit en désaccord avec l'analyse qui est la mienne. J'ai également indiqué les difficultés qui se posent à la Cour pour ce qui est de déterminer précisément l'objet du litige dans la procédure au principal<sup>(104)</sup>. Une partie à l'affaire au principal pourrait présenter à la juridiction nationale des éléments supplémentaires indiquant que la discrimination en question est indirecte ou que la situation juridique des parties est différente. C'est pourquoi j'aborderai la question de la discrimination indirecte et envisagerai l'application de l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 au cas d'espèce. Je ne le ferai toutefois que brièvement.

**110.** Dans l'analyse de la discrimination indirecte qui suit, je présumerai qu'il existe une règle (hypothétique) d'une entreprise imposant à tous ses travailleurs un code vestimentaire parfaitement neutre. Tout élément de tenue vestimentaire reflétant de quelque manière l'individualité de son porteur est ainsi absolument interdit. En vertu d'un tel code vestimentaire, tous les symboles et éléments de tenue vestimentaire religieux sont (évidemment) bannis – mais il en va de même d'un maillot de partisan du FC Barcelone ou d'une cravate indiquant que son porteur a fréquenté tel ou tel collège à Cambridge ou à Oxford. Les travailleurs qui enfreignent cette règle se voient rappeler le règlement de l'entreprise et reçoivent un avertissement, indiquant que le respect du code vestimentaire neutre est obligatoire pour tous les travailleurs. S'ils persistent dans un comportement contraire au règlement, ils sont licenciés. Cette règle, ainsi formulée, est apparemment neutre. Elle ne discrimine pas ostensiblement ceux qui sont tenus par leurs convictions religieuses de porter une tenue particulière. Elle les discrimine toutefois indirectement. S'ils veulent rester fidèles à leurs convictions religieuses, ils n'ont pas d'autre possibilité que d'enfreindre la règle et d'en subir les conséquences.

**111.** En vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), une exigence qui serait, autrement, discriminatoire et, partant, illicite, peut néanmoins être autorisée lorsque la disposition, le critère ou la pratique en cause est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

#### Un objectif légitime

**112.** La directive 2000/78 ne définit pas la notion d'objectif légitime aux fins de l'article 2, paragraphe 2, sous b), i). Il est clair toutefois que le caractère légitime d'un objectif peut trouver son fondement dans la politique sociale, en particulier si cette politique trouve un écho spécifique dans des dispositions du traité. Ainsi, l'article 6, paragraphe 1, de la directive cite, comme objectifs légitimes, « des objectifs légitimes de

politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle », qui peuvent tous trouver leur source à l'article 3, paragraphe 3, TUE<sup>(105)</sup>.

**113.** D'un point de vue plus large, il me semble que constitue également un objectif légitime la protection des droits et libertés d'autrui – ainsi, par exemple, la protection des personnes susceptibles d'être impressionnables, tels que les enfants en bas âge et les personnes âgées n'ayant pas conservé toutes leurs facultés mentales et pouvant donc être assimilées à la première catégorie<sup>(106)</sup>.

**114.** Ensuite, il me semble que, lorsqu'il est satisfait à la condition de l'objectif légitime prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78, par exemple dans le cas d'une interdiction fondée sur des questions de santé ou de sécurité, il sera également répondu au critère de l'« objectif légitime » prévu à l'article 2, paragraphe 2, sous b), i)<sup>(107)</sup>. Le contrôle sera le même à cet égard.

**115.** Je considère aussi que l'intérêt commercial de l'employeur constitue un objectif légitime et que la législation n'a pas pour but d'entraver cette liberté plus qu'il n'est approprié et nécessaire<sup>(108)</sup>.

**116.** Cet aspect peut, me semble-t-il, être particulièrement pertinent dans les domaines suivants :

- l'employeur peut vouloir projeter une certaine image envers sa clientèle ou ses donneurs d'ordres; il me semble donc qu'une politique imposant aux travailleurs de porter un uniforme ou un certain style de tenue ou de conserver une apparence « élégante » relève de la notion d'objectif légitime<sup>(109)</sup> ;
- il peut en aller de même des règles en matière d'horaire de travail; l'obligation d'être disponible selon un horaire flexible, y compris un horaire pénible, lorsque les nécessités de l'emploi l'exigent, est légitime selon moi<sup>(110)</sup> ;
- des mesures prises par un employeur afin de maintenir l'harmonie au sein de son personnel, dans l'intérêt de l'entreprise dans son ensemble.

**117.** Toutefois, j'ai déjà mentionné que la Cour a jugé que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue mais peut faire l'objet de limitations, pourvu, notamment, qu'elles soient prévues par la loi<sup>(111)</sup>. Dans la présente affaire, il est clair que les limitations imposées par le droit à l'égalité de traitement en termes de droit de ne pas subir de discrimination fondée, entre autres, sur la religion ou les convictions, sont prévues par la loi. Elles sont expressément prévues par la directive 2000/78.

**118.** Je souligne ici que, pour l'adepte pratiquant d'une religion, son identité religieuse fait partie intégrante de son être même. Les exigences

de la foi – sa discipline et les règles de vie qu'elle impose – ne sont pas des éléments à appliquer lorsque l'on ne se trouve pas au travail (par exemple le soir et le week-end pour ceux qui ont un travail de bureau) mais pouvant être poliment écartés pendant les heures de travail. Naturellement, selon les règles propres à la religion en question et le niveau de pratique de la personne concernée, tel ou tel élément peut ne pas être contraignant pour cette personne et, partant, être négociable. Mais on aurait tort de supposer que, en quelque sorte, tandis que le sexe ou la couleur de peau suivent une personne partout, la religion ne le ferait pas<sup>(112)</sup>.

**119.** La présente affaire constitue précisément un exemple classique de cette situation. Deux droits protégés – le droit d'adhérer à une religion et de la manifester et la liberté d'entreprise – sont potentiellement en conflit. Il faut trouver un aménagement pour que les deux puissent coexister de manière harmonieuse et équilibrée. C'est en ayant cela à l'esprit que je me tourne vers la question de la proportionnalité.

#### La proportionnalité

**120.** L'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive dispose que les moyens de réaliser l'objectif poursuivi par la mesure en question doivent aussi être appropriés et nécessaires. Autrement dit, ces moyens doivent être proportionnés.

**121.** Analysant la proportionnalité aux fins de la directive 2000/78 dans ses conclusions dans l'affaire Ingeniørforeningen i Danmark<sup>(113)</sup>, l'avocat général Kokott a observé que, en vertu du principe de proportionnalité, « même si elles sont appropriées et nécessaires à la réalisation des buts légitimement poursuivis, de telles mesures ne doivent pas causer des inconvénients démesurés par rapport aux buts visés ». Il convient de « trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence » ». Je suis entièrement d'accord.

**122.** Dans ce contexte, il me semble que toute analyse doit partir du principe qu'un travailleur a le droit de porter une tenue vestimentaire ou un signe religieux mais que l'employeur a aussi, ou peut avoir, le droit d'imposer des restrictions<sup>(114)</sup>.

123. Il me semble donc que, lorsqu'une entreprise adopte une politique imposant à ses travailleurs de porter un uniforme, il n'est pas déraisonnable d'exiger que les travailleurs fassent le maximum pour s'y conformer. Un employeur peut donc exiger que les travailleurs qui portent un foulard islamique adoptent la couleur de cet uniforme dans le choix de ce foulard (ou, d'ailleurs, proposer une version de ce foulard dans l'uniforme)<sup>(115)</sup>.

**124.** De même, lorsqu'il est possible pour un travailleur de porter un symbole religieux discrètement, comme c'était le cas, par exemple, de M<sup>me</sup> Eweida dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(116)</sup>, il peut être proportionné de lui imposer de le faire.

**125.** Ce qui est proportionné peut varier selon la taille de l'entreprise concernée. Plus grande est l'entreprise, plus il est probable qu'elle disposera des ressources nécessaires pour affecter avec souplesse ses travailleurs aux différentes tâches qui leur sont assignées. On peut donc attendre d'un employeur qui est une grande entreprise qu'il prenne plus de mesures pour parvenir à un aménagement raisonnable avec son personnel que d'un employeur qui est une entreprise petite ou moyenne.

**126.** Lorsqu'une forme donnée de pratique religieuse n'est pas considérée comme essentielle par un adepte de cette religion, les risques de voir naître un conflit tel celui qui a débouché sur la présente affaire sont réduits. L'employeur demandera au travailleur de s'abstenir d'une pratique donnée. Cette pratique étant (relativement) peu importante pour le travailleur, celui-ci pourra décider de se plier à cette demande. Le conflit potentiel disparaîtra.

**127.** Mais qu'arrivera-t-il si la pratique en question est considérée comme essentielle par le travailleur concerné ?

**128.** J'ai déjà indiqué que, dans certains cas, il se peut qu'une pratique donnée, que le travailleur considère comme essentielle à sa religion, signifie qu'il ne peut pas accomplir une tâche précise<sup>(117)</sup>. Il me semble cependant que, dans la majorité des cas, l'employeur et le travailleur devraient plutôt étudier le problème ensemble afin de parvenir à une solution qui concilie le droit du travailleur à manifester sa croyance religieuse avec la liberté d'entreprise de l'employeur<sup>(118)</sup>. Si le travailleur n'a pas, selon moi, le droit absolu d'exiger d'être autorisé à accomplir une tâche précise au sein de l'entreprise à ses propres conditions, il ne doit pas pour autant s'entendre dire immédiatement de chercher un autre emploi<sup>(119)</sup>. Une solution située à peu près à mi-chemin de ces deux positions sera vraisemblablement proportionnée. Selon le problème concret qui se pose, cette solution peut exiger ou non une certaine restriction de la liberté du travailleur de manifester sans entrave sa religion ; elle ne pourra cependant pas porter atteinte à un aspect de la pratique religieuse que le travailleur considère comme essentiel<sup>(120)</sup>.

**129.** Je voudrais encore formuler une observation particulière concernant la question qui se pose dans la présente affaire.

**130.** La société occidentale considère le contact visuel ou échange des regards comme d'importance fondamentale dans toute relation supposant une communication face à face entre les représentants d'une entreprise et ses clients<sup>(121)</sup>. Il s'ensuit, selon moi, qu'une règle interdisant de porter



une tenue vestimentaire religieuse qui couvre les yeux et le visage entièrement lors de l'exécution d'une tâche qui implique un tel contact avec les clients serait proportionnée. La balance des intérêts pencherait du côté de l'employeur. Inversement, lorsque le travailleur en question est appelé à travailler dans une situation qui ne suppose pas de contact visuel ou échange de regards avec les clients, par exemple dans un centre d'appels, la *même règle* perdrait sa justification. La balance pencherait du côté du travailleur. Et lorsque le travailleur n'entend porter qu'un type de couvre-chef qui laisse le visage et les yeux entièrement dégagés, je ne vois pas de justification à l'interdiction de porter ce couvre-chef.

**131.** Tant dans ses observations écrites qu'en plaidoirie, Micropole a beaucoup insisté sur le fait que la proportion du temps de travail de M<sup>me</sup> Bougnaoui pendant laquelle elle était en contact avec la clientèle et, partant, ne pouvait pas porter un foulard islamique, ne dépassait pas les 5 %. Micropole soutient, sur cette base, que la restriction était proportionnée. Un tel argument ne me semble pas convaincant. La durée pendant laquelle une interdiction est susceptible de s'appliquer peut ne pas avoir de rapport avec la raison pour laquelle la travailleuse veut porter le couvre-chef en question. La conviction religieuse de M<sup>me</sup> Bougnaoui quant à ce qui constitue une tenue appropriée pour elle, en tant que femme musulmane pratiquante, est qu'elle devrait porter un foulard islamique (le hijab) au travail. Si tel est le cas lorsqu'elle se trouve dans l'environnement quotidien et familial de l'entreprise de son employeur, il est raisonnable de supposer que tel est a fortiori le cas lorsqu'elle se trouve en dehors de cet environnement et en contact avec des personnes extérieures à l'entreprise de son employeur.

**132.** Même si c'est en définitive à la juridiction nationale qu'il incombera de statuer définitivement sur ce point et que d'autres éléments, pertinents pour une discussion sur la proportionnalité, peuvent ne pas avoir été présentés à la Cour, il me paraît improbable qu'un argument fondé sur la proportionnalité de l'interdiction prévue par le règlement de travail de Micropole – que cette interdiction concerne le port de signes ou tenues vestimentaires religieux en général ou du seul foulard islamique – soit accueilli dans l'affaire au principal.

**133.** Voici ma dernière observation. Il me semble que, dans la grande majorité des cas, une discussion sensée entre l'employeur et le travailleur permettra de parvenir à un arrangement qui concilie de manière adéquate les droits opposés du travailleur à manifester sa religion et de l'employeur à la liberté d'entreprise. Il se peut toutefois que, dans certains cas, ce ne soit pas possible. En dernier recours, l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors, selon moi, s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses. J'attire ici l'attention sur le caractère insidieux de l'argument selon lequel « mais nous devons faire ainsi car, autrement, cela ne plaira pas à nos clients ». Lorsque l'attitude des clients peut en soi indiquer un préjugé fondé sur l'un des

« critères interdits », comme la religion, il me paraît particulièrement dangereux de dispenser l'employeur de l'obligation d'égalité de traitement afin de comble à ce préjugé. La directive 2000/78 est destinée à assurer une protection dans le cadre de l'emploi contre un traitement défavorable (à savoir la discrimination) fondé sur l'un des critères prohibés. Elle ne prévoit pas que le travailleur puisse perdre son emploi pour améliorer les profits de l'employeur.

**134.** À la lumière de tout ce qui précède, je conclus que, en cas de discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 doit être interprété en un sens qui reconnaisse que les intérêts de l'entreprise de l'employeur constituent un objectif légitime aux fins de cette disposition. Une telle discrimination n'est cependant justifiée que si elle est proportionnée audit objectif.

## Conclusion

**135.** Je suggère donc à la Cour de répondre comme suit à la question posée par la Cour de cassation (France) :

**1)** Un règlement de travail d'une entreprise qui interdit aux travailleurs de cette entreprise de porter des signes ou tenues vestimentaires religieux lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle de l'entreprise entraîne une discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions, à laquelle ne s'applique ni l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ni aucune des autres dérogations à l'interdiction de la discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions prévues par cette directive. Il en va ainsi a fortiori lorsque la règle en question s'applique au seul port du foulard islamique.

**2)** En cas de discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 devrait être interprété en ce sens que les intérêts de l'entreprise de l'employeur constituent un objectif légitime aux fins de cette disposition. Une telle discrimination n'est cependant justifiée que si elle est proportionnée à cet objectif.

---

<sup>2</sup> – Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO 2000, L 303, p. 16).

---

<sup>3</sup> – Une demande de décision préjudicielle basée sur des faits similaires (mais non identiques) a été soumise à la Cour par le Hof van Cassatie (Cour de cassation, Belgique) dans l'affaire C-157/15, Achbita (pendante devant la Cour). La question posée par cette juridiction est différente en ce qu'elle porte essentiellement sur la différence entre discrimination directe et discrimination indirecte, aux fins de l'article 2, paragraphe 2, sous a) et b), de la directive 2000/78. Ma collègue, l'avocat général Kokott, a présenté ses conclusions dans cette affaire le 31 mai 2016.

---

4 – Signée à Rome, le 4 novembre 1950. Tous les États membres sont signataires de la CEDH, mais l'Union européenne n'y a pas encore adhéré en tant que telle : voir avis 2/13 (EU:C:2014:2454).

5 – Ce protocole a été ouvert à la signature le 4 novembre 2000. Parmi les États membres de l'UE, l'ont signé à ce jour l'Autriche, la Belgique, la Croatie, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et l'Espagne. Seuls la Croatie, Chypre, la Finlande, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovénie et l'Espagne l'ont ratifié à ce jour.

6 – JO 2010, C 83, p. 389.

7 – La raison pour laquelle la lettre de licenciement indique cette date n'est pas claire, car il semble constant entre les parties que l'emploi de M<sup>me</sup> Bougnaoui chez Micropole a commencé le 15 juillet 2008. Je n'attache pas d'importance à cette question, à tout le moins pour ce qui concerne les présentes conclusions.

8 – La lettre de licenciement indique cette date, alors que, selon l'ordonnance de renvoi, un entretien a eu lieu le 15 juin 2009. Bien sûr, il est possible que deux entretiens aient eu lieu. Quoi qu'il en soit, je considère que ce point est sans conséquence pour ce qui concerne la question posée à la Cour.

9 – Voir par exemple arrêt de la Cour EDH du 1<sup>er</sup> juillet 2014, S.A.S. c. France (CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, § 12).

10 – À titre d'exemple, il est notoire que les chiffres de fréquentation des églises sont au plus haut pendant la période de Noël (avec des pics pour la messe de minuit ou la messe du jour de Noël) ; d'autre part, de nombreux chrétiens « font un effort » pour le carême, avant les réjouissances pascales. On peut observer un phénomène similaire dans le judaïsme. Ainsi, des synagogues peuvent en venir à distribuer des tickets pour gérer la fréquentation aux célébrations de Roch Hachana (le nouvel-an juif) et du Yom Kippour (le jour du grand pardon) alors que, à d'autres moments de l'année, une telle procédure n'est pas nécessaire car il y a suffisamment de place pour tous ceux qui veulent assister au service.

11 – Également connue comme kipa, yarmoulke ou, plus familièrement, calotte.

12 – Voir Oxtoby, W.G., *A Concise Introduction to World Religions*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

13 – Voir Cole, W.O., et Sambhi, P.S., *Sikhism and Christianity: A Comparative Study*, Macmillan, 1993. Les avocats Sikhs de sexe masculin au Royaume-Uni ont concilié leur obligation religieuse avec les exigences vestimentaires de leur profession (perruque et robe au prétoire) en remplaçant leur dastar noir habituel par un dastar blanc caractéristique.

14 – Pour de plus amples informations, voir « Niqab, hijab, burqa : des voiles et beaucoup de confusions », *Le Monde*, 11 juin 2015, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/06/11/niqab-hijab-burqa-des-voiles-et-beaucoup-de-confusions\\_4651970\\_4355770.html#U3778UWCg7HuTisY.99](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/06/11/niqab-hijab-burqa-des-voiles-et-beaucoup-de-confusions_4651970_4355770.html#U3778UWCg7HuTisY.99).

15 – Voir par exemple arrêt de la Cour EDH du 1<sup>er</sup> juillet 2014, S.A.S. c. France (CE:ECHR:2014:0701JUD004383511). Il est rapporté au point 12 de cet arrêt que la requérante, une musulmane pratiquante, portait le niqab en public comme en privé, mais pas de façon systématique. Elle souhaitait pouvoir le porter quand tel était son choix, en particulier lorsque son humeur spirituelle le lui dictait. Il y avait ainsi des moments (par exemple lors d'événements religieux tels que le ramadan) où elle avait le sentiment de devoir le porter en public pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle ; son objectif n'était pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même.

16 – Arrêt du 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94).

17 – Voir point 30 des présentes conclusions.

18 – Arrêt du 10 novembre 2005, Leyla Şahin c. Turquie (CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 109).

19 – Voir Commission européenne, Eurobaromètre spécial 393, *Discrimination dans l'UE en 2012*, novembre 2012. Le rapport n'inclut pas la Croatie. Je devrais ajouter que les chiffres cités doivent être lus avec une certaine prudence. Ils ne sont pas basés sur des statistiques officielles, mais sur les réponses données à des questions. Ils ne distinguent pas les membres pratiquants et non pratiquants d'une religion donnée, ni ne font nécessairement la distinction entre appartenance religieuse et appartenance ethnique. Je les présente afin de montrer qu'il n'existe pas de « norme » dans les États membres à cet égard.

20 – Je tiens à souligner que l'exposé qui suit ne prétend en aucune manière à l'exhaustivité. En mentionnant certaines des législations et décisions de justice des États membres, je cherche simplement à illustrer certains aspects des règles en la matière qui me paraissent particulièrement pertinents. Un tel exercice est nécessairement incomplet.

21 – Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

[22](#) – Loi du 1<sup>er</sup> juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage. L’interdiction s’applique dans tous les lieux accessibles au public.

---

[23](#) – [Note sans pertinence pour la version française.]

---

[24](#) – Voir, pour ce qui concerne les écoles du secteur public, la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics et voir, plus généralement, Conseil d’État, avis n° 217017 du 3 mai 2000, M<sup>lle</sup> Marteaux.

---

[25](#) – Voir l’arrêté royal du 14 juin 2007, modifiant l’arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l’État, article 8.

---

[26](#) – Ordonnance du 20 juin 2015, 1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10.

---

[27](#) – Cela ne signifie pas qu’il ne puisse y avoir de restrictions fondées, par exemple, sur des motifs de santé ou de sécurité.

---

[28](#) – Cour de cassation, assemblée plénière, arrêt n° 13-28.369 du 25 juin 2014, Baby-Loup.

---

[29](#) – Voir délibération de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité (ci-après la «HALDE») n° 2009-117 du 6 avril 2009, points 40 et 41.

---

[30](#) – Voir, par exemple, Cour de cassation, chambre sociale, arrêts n° 08-45.509 du 12 juillet 2010 et n° 95-44.738 du 24 mars 1998.

---

[31](#) – Voir délibération de la HALDE n° 2007-301, du 13 novembre 2007.

---

[32](#) – Par exemple, le licenciement d’une vendeuse qui portait au travail une tenue religieuse la couvrant de la tête aux pieds a été jugé justifié, la vendeuse n’ayant pas porté cette tenue lors de son embauche (voir cour d’appel de Saint-Denis-de-la-Réunion, 9 septembre 1997, n° 97/703.306). En revanche, le seul fait que le travailleur soit en contact avec la clientèle ne justifie pas une restriction à la liberté de ce travailleur de manifester sa religion. En conséquence, le licenciement d’une travailleuse qui refusait d’ôter son foulard alors qu’elle le portait depuis le début de la relation de travail et qu’il n’avait pas causé de problème avec la clientèle de l’entreprise avec laquelle elle était en contact a été jugé abusif (voir cour d’appel de Paris, 19 juin 2003, n° 03-30.212).

---

[33](#) – Ainsi, le Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) a jugé que le licenciement d’une vendeuse d’un grand magasin, fondé sur son refus d’ôter son foulard, ne pouvait pas être justifié par les motifs que prévoit le Kündigungsschutzgesetz (loi sur la protection contre le licenciement abusif) parce qu’elle n’était pas dans l’impossibilité d’accomplir son travail en tant que vendeuse et que son comportement ne causait pas de préjudice à son employeur. Voir arrêt du 10 octobre 2002, 2 AZR 472/01.

---

[34](#) – Décision de l’institut des droits de l’homme du 18 décembre 2015. Même si elles n’ont pas de valeur contraignante, les décisions de cet institut sont revêtues d’une grande autorité et sont suivies par les juridictions nationales dans la plupart des cas.

---

[35](#) – Il s’agit notamment de la Belgique, du Danemark, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

---

[36](#) – Ainsi: i) en Belgique, par arrêt du 15 janvier 2008 (Journal des tribunaux du travail, n° 2008/9, p. 140), la cour du travail de Bruxelles a jugé qu’un employeur pouvait invoquer des considérations objectives propres à l’image de marque de son entreprise pour licencier une vendeuse qui portait un foulard ; ii) au Danemark, la Højesteret (Cour suprême) a jugé qu’un employeur peut imposer un code vestimentaire destiné à refléter l’image de marque de l’entreprise et qui ne permet pas le port d’un foulard, pourvu que les règles en question s’appliquent à l’ensemble du personnel (Ufr.2005.1265H) ; iii) les juridictions néerlandaises ont accueilli les conclusions des employeurs qui faisaient valoir la priorité de l’image professionnelle et de marque de l’entreprise en édictant un code vestimentaire [voir l’analyse de la Commissie Gelijke Behandeling (commission pour l’égalité de traitement) en matière de règles relatives aux uniformes de police et à la « neutralité de mode de vie » (CGB-Advies/2007/08)] ; et iv) il semblerait que, au Royaume-Uni, un employeur peut imposer un code vestimentaire à ses travailleurs sous cette réserve que, si les règles dudit code devaient défavoriser un travailleur déterminé en raison de sa religion, l’employeur est tenu de les justifier (Vickers, L., *Migration, Labour law, and Religious discrimination*, dans *Migrants at Work: Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, 2014, chapitre 17).

---

[37](#) – Voir par exemple décisions du 15 février 2001, Dahlab c. Suisse (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398), et du 24 janvier 2006, Kurtulmuş c. Turquie (CE:ECHR:2006:0124DEC006550001).

---

[38](#) – Arrêt du 10 novembre 2005, Leyla Şahin c. Turquie (CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, point 105).

---

[39](#) – Voir par exemple décision du 15 février 2001, Dahlab c. Suisse (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

---

[40](#) – Pour un exemple de l'application de ces critères, voir notamment décision du 15 février 2001, Dahlab c. Suisse (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

[41](#) – Décision du 15 février 2001, Dahlab c. Suisse (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

[42](#) – Décision du 24 janvier 2006, Kurtulmuş c. Turquie (CE:ECHR:2006:0124DEC006550001).

[43](#) – Décision du 3 avril 2007, Karaduman c. Turquie (CE:ECHR:2007:0403DEC004129604).

[44](#) – Arrêt du 26 novembre 2015, Ebrahimian c. France (CE:ECHR:2015:1126JUD006484611).

[45](#) – §§ 63 et 67. Il convient cependant de signaler que cet arrêt n'a pas échappé à toute critique, au sein même de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son opinion partiellement conforme et partiellement dissidente, la juge O'Leary a observé que la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme portait essentiellement sur des questions qui sont étroitement liées aux valeurs que les établissements d'enseignement sont chargés d'enseigner et que l'arrêt en question n'avait que peu examiné l'abondante jurisprudence portant sur la question plus large. Concernant la marge d'appréciation reconnue aux États membres en matière de couvre-chef religieux, sa position est que ladite marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen dans les affaires où la CEDH s'applique, et que ledit contrôle ne peut pas être simplement éludé par l'invocation de cette marge d'appréciation, quelle que soit l'ampleur de cette dernière. Dans son opinion dissidente, le juge De Gaetano, à l'appui de sa position selon laquelle il y avait eu violation de l'article 9 de la CEDH, a fait valoir que l'arrêt reposait sur ce qu'il a appelé « la prémisse fausse (et très dangereuse) [...] qu'un service public impartial ne peut pas être garanti aux usagers si l'agent qui les sert manifeste un tant soit peu son appartenance religieuse. [...] Un principe de droit constitutionnel ou une "tradition" constitutionnelle peut aisément finir par être déifié, ce qui sape toutes les valeurs se trouvant à la base de la [CEDH] [...] ».

[46](#) – Arrêt du 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, §§ 99 et 100).

[47](#) – Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2014, S.A.S. c. France (CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, § 139). Le gouvernement français n'ayant pas démontré qu'il était satisfait à cette condition, il a perdu concernant ce motif. Néanmoins, la mesure a été validée sur la base du motif distinct du « vivre ensemble » avancé par ce gouvernement.

[48](#) – Arrêt du 15 janvier 2013 CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

[49](#) – § 91.

[50](#) – § 84.

[51](#) – § 94.

[52](#) – J'admets évidemment que les contextes sont différents, la jurisprudence la plus ancienne concernant le secteur de l'enseignement et la jurisprudence récente le domaine public.

[53](#) – Décision du 15 février 2001, Dahlab c. Suisse (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

[54](#) – Voir aussi arrêt du 10 novembre 2005, Leyla Şahin c. Turquie (CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 111).

[55](#) – Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2014, S.A.S. c. France (CE:ECHR:2014:0701JUD004383511).

[56](#) – Voir décision du 3 décembre 1996, Konttinen c. Finlande (CE:ECHR:1996:1203DEC002494994), invoquée dans la décision du 9 avril 1997, Stedman c. Royaume-Uni (CE:ECHR:1997:0409DEC002910795) dans laquelle la Commission a relevé que la requérante était « libre de démissionner ».

[57](#) – Arrêt du 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 83).

[58](#) – Ibidem, § 85. Pour cette raison, certains auteurs ont qualifié l'article 14 de la CEDH de « parasite ». Voir Haverkort-Spekenbrink, S., *European Non-discrimination Law*, School of Human Rights Research Series, Volume 59, p. 127.

[59](#) – CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

[60](#) – § 95.

[61](#) – § 101.

[62](#) – Voir note 5.

[63](#) – Voir par exemple les arrêts du 22 décembre 2009, Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine (CE:ECHR:2009:1222JUD002799606) et du 15 juillet 2014, Zornić c. Bosnie-Herzégovine

(CE:ECHR:2014:0715JUD000368106). Ces affaires concernaient le droit des parties requérantes de se présenter à l'élection à la Chambre des peuples et à la présidence de la Bosnie-Herzégovine.

---

[64](#) – Voir points 68 et suiv. des présentes conclusions.

---

[65](#) – Arrêt du 13 septembre 2011, *Prigge e.a.* (C-447/09, EU:C:2011:573, point 38).

---

[66](#) – Voir aussi, sur la directive 2000/78, point 70 des présentes conclusions.

---

[67](#) – Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO 1975, L 45, p. 19).

---

[68](#) – Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO 1976, L 39, p. 40).

---

[69](#) – Arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne*, 43/75, EU:C:1976:56. Pour une analyse plus complète, voir Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, chapitre 1.

---

[70](#) – Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO 2000, L 180, p. 22).

---

[71](#) – Il convient de remarquer que les champs d'application de ces deux directives diffèrent. Par exemple, l'article 3 de la directive 2000/43 dispose que son champ d'application s'étend à « e) la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; f) les avantages sociaux ; g) l'éducation ; [et] h) l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement ». Ces domaines ne sont pas énumérés dans la directive 2000/78. On voit aussi qu'une mesure constituant une discrimination fondée sur la religion ou les convictions peut aussi, selon les circonstances, constituer une discrimination fondée sur le sexe ou la race. La Commission a certes adopté une proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle [COM(2008) 426 final], mais cette proposition, qui étendrait la protection par rapport aux domaines couverts par la directive 2000/78, doit encore être finalisée.

---

[72](#) – La même approche a guidé l'actuelle législation relative à la discrimination fondée sur le sexe, à savoir la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO 2006, L 204, p. 23).

---

[73](#) – C-303/06, EU:C:2008:61.

---

[74](#) – C-303/06, EU:C:2008:61, points 8 à 10.

---

[75](#) – En conséquence, une mesure interdisant le prosélytisme, qui pourrait entraîner une discrimination indirecte, serait néanmoins, selon moi, couverte par la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 5, de la directive, comme mesure nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui. Elle devrait cependant être fondée sur des mesures « prévues par la législation nationale » : voir la lettre de la dérogation.

---

[76](#) – Ainsi, le contexte particulier de la présente affaire est celui d'une femme instruite qui veut participer au marché du travail d'un État membre de l'UE. Dans ce contexte, il serait paternaliste de supposer que le port du hijab sert simplement à perpétuer des inégalités et perceptions des rôles existantes. Le lecteur imaginera sans peine d'autres contextes dans lesquels pourrait se poser la question de femmes portant une tenue vestimentaire islamique et où il serait plus légitime de tirer une telle déduction.

---

[77](#) – On pourrait penser que le terme « voile » désigne toujours une pièce de vêtement qui couvre le visage. Tel n'est pas le cas ; voir par exemple la définition du *Shorter Oxford Dictionary*, qui mentionne une pièce de tissu portée « sur la tête ou le visage » (mise en évidence ajoutée).

---

[78](#) – À cet égard, voir notamment point 38 des présentes conclusions.

---

[79](#) – Voir point 109 des présentes observations.

---

[80](#) – Voir aussi, à cet égard et dans un contexte différent, les conclusions de l'avocat général Bot dans les affaires Y et Z (C-71/11 et C-99/11, EU:C:2012:224), où il observe qu'exiger d'une personne qu'elle dissimule, modifie ou renonce à la manifestation publique de sa foi reviendrait à la priver d'un droit fondamental qui lui est garanti à l'article 10 de la Charte (points 100 et 101).

---

[81](#) – J'ai examiné la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre discrimination directe et discrimination indirecte dans mes conclusions dans l'affaire Bressol e.a. (C-73/08, EU:C:2009:396, points 55 et 56). Dans la présente affaire, c'est précisément l'interdiction de porter une tenue vestimentaire manifestant l'appartenance religieuse de la travailleuse qui entraîne un traitement défavorable, à savoir le licenciement.



---

[82](#) – Voir arrêt du 13 septembre 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, point 46), qui précise que la convention collective de Lufthansa qui prévoyait la cessation automatique des contrats de travail à un âge déterminé avait pour origine et base juridique l'article 14, paragraphe 1, du Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (loi sur le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée). Il s'agissait donc d'une mesure « prévue par la législation nationale » (point 59 de l'arrêt).

---

[83](#) – Arrêt du 12 janvier 2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, point 35).

---

[84](#) – Voir à cet égard point 75 des présentes conclusions.

---

[85](#) – Arrêts des 13 septembre 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, point 72), et 13 novembre 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, point 47). L'article 4, paragraphe 1 s'appliquera probablement plus souvent à une discrimination directe qu'à une discrimination indirecte (un exemple évident, en matière de discrimination sexuelle, serait une règle restreignant aux « femmes seulement » l'adhésion à une équipe sportive professionnelle exclusivement féminine). Il n'est toutefois pas inconcevable qu'une telle discrimination puisse être indirecte. Par exemple, une règle en vertu de laquelle les candidats à un emploi d'agent de sécurité doivent mesurer plus d'1m75, quoique neutre en apparence, tendrait à exclure plus de femmes que d'hommes et pourrait aussi affecter proportionnellement certains groupes ethniques plus que d'autres.

---

[86](#) – Il est intéressant de noter que la formulation essentielle qui figure à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 diffère selon les versions linguistiques. La version de langue anglaise emploie l'expression « *by reason of the nature of the particular occupational activities concerned* », ce qui correspond en substance aux versions allemande (« *aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit* »), néerlandaise (« *vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten* ») (« en raison de la nature de l'activité professionnelle spécifique concernée ») et espagnole (« *debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate* »). Les versions française (« en raison de la nature d'une activité professionnelle »), italienne (« *per la natura di un'attività lavorativa* ») et portugaise (« *em virtude da natureza da actividade profissional em causa* ») mettent moins l'accent sur la nature spécifique des activités concernées. Il paraît clair néanmoins que l'accent doit être placé sur les activités précises que le travailleur est appelé à exercer.

---

[87](#) – Voir arrêt du 12 janvier 2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, point 40).

---

[88](#) – Voir arrêt du 13 septembre 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, point 67).

---

[89](#) – Voir arrêt du 13 novembre 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, point 41).

---

[90](#) – Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO 1976, L 39, p. 40).

---

[91](#) – L'article 2, paragraphe 2, de cette directive énonce : « La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante ».

---

[92](#) – Arrêt du 26 octobre 1999, Sirdar (C-273/97, EU:C:1999:523). M<sup>me</sup> Sirdar voulait être autorisée à accepter une offre d'emploi en qualité de cuisinière (qui lui avait été adressée par erreur) au sein des Royal Marines, les commandos d'élite de l'armée britannique. Les motifs de la politique d'exclusion des femmes dans cette unité sont exposés aux points 6 à 9 de cet arrêt. La motivation minutieuse par laquelle la Cour conclut que cette exclusion s'appliquait est exposée aux points 28 à 32.

---

[93](#) – Arrêt du 11 janvier 2000, Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2, point 29). M<sup>me</sup> Kreil voulait travailler dans le service de maintenance (électromécanique d'armes) de la Bundeswehr. La législation nationale ne permettait aux femmes d'être recrutées que dans les services de santé et dans les formations de musique militaire. Citant largement l'arrêt Sirdar, la Cour a néanmoins jugé que « [c]ompte tenu de sa portée, une telle exclusion, qui s'applique à la quasi-totalité des emplois militaires de la Bundeswehr, ne peut être regardée comme une mesure dérogatoire justifiée par la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice » (point 27) ; et que « la directive s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire » (point 32).

---

[94](#) – Voir arrêt du 3 février 2000, Mahlburg (C-207/98, EU:C:2000:64, point 29).

---

[95](#) – Arrêt du 9 septembre 2004, Espagne et Finlande/Parlement et Conseil (C-184/02 et C-223/02, EU:C:2004:497, point 51).

---

[96](#) – Arrêt du 14 octobre 2014, Giordano/Commission (C-611/12 P, EU:C:2014:2282, point 49).

---

[97](#) – Arrêt du 22 janvier 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, point 66).

---

[98](#) – Voir point 95 des présentes conclusions.

[99](#) – Il semble que l'article 2, paragraphe 5, ait été inséré dans la directive au cours des dernières heures des négociations (sur l'insistance, semble-t-il, du gouvernement du Royaume-Uni). Voir Ellis, E., et Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2012, p. 403. Voir aussi le quatrième rapport de la commission sur l'Union européenne de la chambre des Lords, session 2000-2001, «*The EU Framework Directive on Discrimination*», point 37, qui énonce : « [...] [L'article 2, paragraphe 5] n'a été ajouté à la directive que le 17 octobre, apparemment sur l'insistance du Royaume-Uni. Le ministre a écrit le 25 octobre qu'il était destiné à "préciser que la directive n'empêchera pas les États membres d'agir pour protéger les personnes menacées, par exemple, par des cultes nuisibles ou des pédophiles". »

[100](#) – Voir arrêt du 13 septembre 2011, *Prigge e.a.* (C-447/09, EU:C:2011:573, points 55 et 56).

[101](#) – Mise en évidence ajoutée. Ainsi que je l'ai indiqué plus haut (à la note 76 des présentes conclusions), l'article 2, paragraphe 5, pourrait, par exemple, couvrir une règle interdisant le prosélytisme sur le lieu de travail.

[102](#) – Voir les présentes conclusions, points 109 et suiv.

[103](#) – La déclaration n° 11 est annexée au traité d'Amsterdam. Elle énonce : « L'Union européenne respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres. L'Union européenne respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. »

[104](#) – Voir point 82 des présentes conclusions.

[105](#) – Voir à cet égard arrêt du 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604, point 64).

[106](#) – Voir, pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour EDH, la décision du 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse* (CE:ECHR:2001:0215DEC004239398), mentionnée au point 48 des présentes conclusions. Dans cette décision, la Cour EDH a décrit les enfants dont la requérante avait la charge comme « en bas âge ». Il me semble que des enfants en âge d'école primaire peuvent à juste titre être qualifiés d'« impressionnables ». Une fois qu'ils sont passés à l'école secondaire, ils peuvent être considérés comme plus mûrs et donc mieux en mesure de se forger leurs propres opinions ou de prendre leur parti de la diversité culturelle.

[107](#) – [Note non pertinente pour la version française des présentes conclusions.]

[108](#) – Voir aussi point 100 des présentes conclusions.

[109](#) – Voir, dans ce sens, arrêt de la Cour EDH du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94). Dans ce cas, la manière évidente de concilier les intérêts économiques légitimes de l'employeur avec la liberté du travailleur de manifester sa religion est d'incorporer les éléments vestimentaires nécessaires dans l'uniforme. Voir point 123 des présentes conclusions.

[110](#) – Une exigence (admissible) de travailler selon un horaire « pénible » ou « flexible » ne doit toutefois pas être confondue avec le fait d'exiger à tout prix du travailleur qu'il travaille en un jour qui est d'importance particulière dans la religion de ce travailleur (par exemple, exiger d'un chrétien zélé qu'il travaille le jour de Noël, le vendredi saint ou le jour de Pâques; ou d'un juif pratiquant qu'il travaille à Roch Hachana, à Yom Kippour ou à Pessa'h). Ce dernier type d'exigence serait, selon moi, inadmissible.

[111](#) – Voir point 100 des présentes conclusions.

[112](#) – Voir, par analogie, arrêt du 5 septembre 2012, *Y et Z* (C-71/11 et C-99/11, EU:C:2012:518, points 62 et 63).

[113](#) – C-499/08, EU:C:2010:248, point 68.

[114](#) – C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la Cour EDH dans son arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010).

[115](#) – Voir, dans ce contexte, <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-36468441>, relatif à une proposition récente de Police Scotland (la police nationale écossaise) d'introduire un hijab comme élément optionnel de son uniforme afin d'encourager les femmes musulmanes à entrer dans la police.

[116](#) – Arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94).

[117](#) – Voir à cet égard point 99 des présentes conclusions.

[118](#) – Ainsi, par exemple, il était clair dans l'affaire *Eweida* que British Airways avait effectivement trouvé un tel aménagement avec ses travailleurs musulmans.



[119](#) – Pour ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH à cet égard, voir le point 55 des présentes conclusions.

---

[120](#) – Supposons par exemple que le travailleur estime devoir prier trois fois par jour. Dans le cadre d'une journée de bureau ordinaire, cela est assez facile à aménager: une prière avant et après le travail et une prière pendant la pause déjeuner. Seule cette dernière se situe pendant la journée de travail proprement dite et elle a lieu pendant la période officielle de temps libre (la pause déjeuner). Supposons maintenant que l'obligation soit de prier cinq fois par jour. Le travailleur soutient avoir besoin de deux périodes de prière supplémentaires pendant la journée de travail. La première question est de savoir si tel est réellement le cas – une période de prière supplémentaire, ou les deux, ne peuvent-elles pas être programmées avant ou après le travail ? Mais peut-être les périodes de prière sont-elles liées à des moments précis de la journée. Dans ce cas, peut-être y a-t-il en cours de journée des pauses-café ou des pauses-cigarette que le travailleur peut utiliser pour prier; cependant, il est probable qu'il devra accepter de travailler plus tard ou arriver plus tôt afin de compenser l'absence temporaire liée à l'exécution de ses obligations religieuses. Si nécessaire, le travailleur devra accepter une contrainte supplémentaire (une journée de travail plus longue) ; l'employeur devra l'autoriser à procéder ainsi plutôt que persister à dire qu'aucun aménagement n'est possible et le licencier.

---

[121](#) – Pour une analyse plus détaillée de l'importance de la communication non verbale dans le cadre commercial, voir Woollcott, L.A. *Mastering Business Communication*, Macmillan, 1983.



Conseil d'État français  
Promouvoir contre Ministre de la culture et de la communication  
Requête 372057  
1<sup>er</sup> juin 2015



**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

---

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 10 septembre et 11 décembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'association Promouvoir, dont le siège est BP 48 à Pernes les Fontaines (84210) ; l'association demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 12PA00838 du 3 juillet 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement n° 1021073/7-1 du 16 décembre 2011 par lequel le tribunal administratif avait rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du ministre de la culture du 4 novembre 2010 accordant au film intitulé **SAW** 3 D Chapitre Final un visa d'exploitation comportant seulement une interdiction aux mineurs de seize ans et à ce qu'il soit enjoint au ministre de la culture et de la communication de prendre toutes les mesures nécessaires pour retirer ce film des salles ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code du cinéma et de l'image animée ;
- le code pénal, notamment son article 227-24 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Paquita Morellet-Steiner, conseiller d'Etat,
- les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Gaschignard, avocat de l'association Promouvoir et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la ministre de la culture et de la communication ;

**1.** Considérant qu'aux termes de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée : « La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture./ Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine.(...) » ;

qu'aux termes de l'article R. 211-10 du même code : « Le ministre chargé de la culture délivre le visa d'exploitation cinématographique aux oeuvres (...) cinématographiques (...) destinés à une représentation cinématographique, après avis de la commission de classification des oeuvres cinématographiques (...) » ; qu'aux termes de son article L. 211-11 : « Le visa d'exploitation cinématographique vaut autorisation de représentation publique des oeuvres ou documents sur tout le territoire de la France métropolitaine et des départements et régions d'outre-mer. (...) » ; qu'aux termes, enfin, de l'article R. 211-12 : « Le visa d'exploitation cinématographique s'accompagne de l'une des mesures de classification suivantes : /1° Autorisation de la représentation pour tous publics ; /2° Interdiction de la représentation aux mineurs de douze ans ; /3° Interdiction de la représentation aux mineurs de seize ans ; /4° Interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans sans inscription sur la liste prévue à l'article L. 311-2, lorsque l'oeuvre ou le document comporte des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une telle inscription ; /5° Interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans avec inscription de l'oeuvre ou du document sur la liste prévue à l'article L. 311-2. » ;

**2.** Considérant que les dispositions de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée confèrent au ministre chargé de la culture l'exercice d'une police spéciale fondée sur les nécessités de la protection de l'enfance et de la jeunesse et du respect de la dignité humaine, en vertu de laquelle il lui incombe en particulier de prévenir la commission de l'infraction réprimée par les dispositions de l'article 227-24 du code pénal, qui interdisent la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, d'un message à caractère violent ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, soit en refusant de délivrer à une oeuvre cinématographique un visa d'exploitation, soit en imposant à sa diffusion l'une des restrictions prévues à l'article R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée, qui lui paraît appropriée au regard tant des intérêts publics dont il doit assurer la préservation que du contenu particulier de cette oeuvre ; qu'il résulte de ce dernier article qu'il appartient aux juges du fond, saisis d'un recours dirigé contre le visa d'exploitation délivré à une oeuvre comportant des scènes violentes, de rechercher si les scènes en cause caractérisent ou non l'existence de scènes de très grande violence de la nature de celles dont le 4° et le 5° de cet article interdisent la projection à des mineurs ; que, dans l'hypothèse où le juge retient une telle qualification, il lui revient ensuite d'apprécier la manière dont ces scènes sont filmées et dont elles s'insèrent au sein de l'oeuvre considérée, pour déterminer laquelle de ces deux restrictions est appropriée, eu égard aux caractéristiques de cette oeuvre cinématographique ;

**3.** Considérant que, par une décision du 4 novembre 2010, le ministre de la culture a accordé au film intitulé **SAW 3 D Chapitre Final** un visa

d'exploitation comportant une interdiction aux mineurs de seize ans, assorti de l'obligation d'informer les spectateurs de l'avertissement suivant : « Ce film comporte un grand nombre de scènes de torture particulièrement réalistes et d'une grande brutalité, voire sauvagerie » ; que l'association Promouvoir a contesté, devant le tribunal administratif de Paris, cette décision en tant qu'elle autorisait la diffusion de cette oeuvre à des mineurs ; que, par un jugement du 16 décembre 2011, le tribunal administratif a rejeté sa demande ; que l'association se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 3 juillet 2013 par lequel la cour administrative de Paris a rejeté son appel dirigé contre ce jugement ;

**4.** Considérant qu'après avoir estimé que le film **SAW** 3 D Chapitre final comportait de nombreuses scènes qu'elle a qualifiées de scènes de très grande violence en relevant notamment que des personnages y sont soumis à « des jeux » et tués « dans des conditions particulièrement atroces », la cour s'est ensuite fondée sur ce que ces scènes suivaient toutefois « les codes propres à la mise en scène des films d'horreur dits » gore » , pour juger que, compte tenu « de la distance critique » des jeunes de plus de seize ans à l'égard des oeuvres appartenant à ce genre cinématographique, leur caractère outrancier « compensait, en partie, la représentation très réaliste des sévices infligés » ; que, dès lors qu'elle avait relevé l'existence de passages caractérisant des scènes de très grande violence, la cour ne pouvait, sans erreur de droit, estimer que ces scènes pouvaient néanmoins justifier que le ministre de la culture délivrât à ce film un visa d'exploitation autorisant sa projection aux mineurs de seize ans ; que les appréciations qu'elle a portées sur la manière dont ces scènes sont filmées, si elles étaient de nature à justifier le choix entre le classement prévu au 5° et l'interdiction simple aux mineurs de dix-huit ans prévue au 4° de l'article R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée, ne pouvaient légalement lui permettre de regarder les scènes qu'elle qualifiait ainsi comme n'appelant pas un visa autre que l'un de ceux-ci ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris doit être annulé ;

**5.** Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

**6.** Considérant que, lorsqu'une oeuvre cinématographique comporte, comme tel est le cas du film **SAW** 3 D Chapitre final, de nombreuses scènes violentes, il y a lieu de prendre en considération, pour déterminer si la présence de ces scènes doit entraîner une interdiction aux mineurs de dix-huit ans, la manière, plus ou moins réaliste, dont elles sont filmées, l'effet qu'elles sont destinées à produire sur les spectateurs, notamment de nature à inciter à la violence ou à la banaliser, enfin, toute caractéristique permettant d'apprécier la mise à distance de la violence et d'en relativiser l'impact sur la jeunesse ;

**7.** Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le film **SAW 3 D** Chapitre final comporte un grand nombre de scènes filmées avec un grand réalisme, montrant des actes répétés de torture et de barbarie et représentant, de manière particulièrement complaisante, les souffrances atroces, tant physiques que psychologiques, des victimes prises dans des pièges, mis au point par un tueur, où elles sont incitées à se mutiler elles-mêmes soit pour échapper à la mort, soit pour sauver des proches ; que de telles scènes, sans toutefois caractériser une incitation à la violence, comportent une représentation de la violence de nature à heurter la sensibilité des mineurs et justifient ainsi une interdiction de ce film aux mineurs de dix-huit ans ; que, par suite, le ministre de la culture a commis une erreur d'appréciation en interdisant la diffusion du film en cause aux seuls mineurs de seize ans ;

**8.** Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner ses autres moyens, l'association Promouvoir est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant à l'annulation du visa délivré par le ministre de la culture à ce film ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

**9.** Considérant que l'exécution de la présente décision n'implique pas que le ministre de la culture prenne les mesures nécessaires pour retirer le film litigieux des salles ; qu'elle appelle seulement, après un réexamen par le ministre, la délivrance d'un nouveau visa d'exploitation à ce film ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

**10.** Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros à verser à l'association Promouvoir au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

-----

**Article 1<sup>er</sup>** : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 3 juillet 2013 et le jugement du tribunal administratif de Paris du 16 décembre 2011 sont annulés.

**Article 2** : Le visa délivré le 4 novembre 2010 au film **SAW 3D** Chapitre final par le ministre de la culture est annulé.

**Article 3** : L'Etat versera à l'association Promouvoir la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.



**Article 4 :** Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

**Article 5 :** La présente décision sera notifiée à l'association Promouvoir et à la ministre de la culture et de la communication.



Cour européenne des droits de l'homme  
Lambert et autres contre France  
Affaire 46043/14  
5 juin 2015



## **En l'affaire Lambert et autres c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, président,  
Guido Raimondi,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Khanlar Hajiyeu,  
Ján Šikuta,  
George Nicolaou,  
Nona Tsotsoria,  
Vincent A. De Gaetano,  
Angelika Nußberger,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
André Potocki,  
Helena Jäderblom,  
Aleš Pejchal,  
Valeriu Griţco,  
Egidijus Kūris, juges,  
et de Erik Fribergh, greffier,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 janvier et 23 avril 2015,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

### **PROCÉDURE**

**1.** À l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 46043/14) dirigée contre la République française et dont quatre ressortissants de cet État, M. et Mme Pierre et Viviane Lambert, M. David Philippon et Mme Anne Tuarze (« les requérants »), ont saisi la Cour le 23 juin 2014 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

**2.** Les requérants ont été représentés par Me J. Paillot, avocat à Strasbourg et Me J. Triomphe, avocat à Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Alabrune, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

**3.** Les requérants allèguent en particulier que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 de la Convention, constituerait un mauvais traitement constitutif de torture, au sens de l'article 3 de la Convention, ainsi qu'une atteinte à son intégrité physique, au sens de l'article 8 de la Convention.

**4.** La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 24 juin 2014, la chambre compétente a décidé d'appliquer l'article 39 du règlement, de communiquer la requête au Gouvernement et de la traiter par priorité.

**5.** Le 4 novembre 2014, une chambre de la cinquième section composée de Mark Villiger, président, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Vincent A. De Gaetano, André Potocki, Helena Jäderblom, Aleš Pejchal, juges, ainsi que de Stephen Phillips, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

**6.** La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

**7.** Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

**8.** Des observations ont également été reçues de Rachel Lambert, François Lambert et Marie-Geneviève Lambert, respectivement épouse, neveu et demi-sœur de Vincent Lambert, de l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro lésés (UNAFTC), de l'association Amrésô Bethel, ainsi que de la Clinique des Droits de l'Homme de l'Institut international des Droits de l'Homme, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite en tant que tierces parties (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 a) du règlement). Rachel Lambert, François Lambert et Marie Geneviève Lambert ont également été autorisés à intervenir dans la procédure orale.

**9.** Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 janvier 2015 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

*- pour le Gouvernement*

M. F. ALABRUNE, directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et du Développement international, agent,

Mme E. JUNG, rédactrice à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères et du Développement international,

M. R. FERLAL, rédacteur à la sous-direction des droits de l'homme du ministère des Affaires étrangères et du Développement international,

Mme S. RIDEAU, chargée de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des Femmes,

Mme I. ERNY, conseillère juridique à la division des droits des usagers, des affaires juridiques et éthiques du ministère des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des Femmes,

Mme P. ROUAULT-CHALIER, sous-directrice des affaires juridiques générales et du contentieux au ministère de la Justice,

Mme M. LAMBLING, rédactrice au bureau du droit des personnes et de la famille du ministère de la Justiceconseillers ;

*- pour les requérants*

Me J. PAILLOT, avocat,

Me J. TRIOMPHE, avocat, conseils,

M. G. PUPPINCK,

Pr X. DUCROCQ,

Dr B. JEANBLANC, conseillers ;

*- pour Rachel Lambert, tierce-intervenante*

Me L. PETTITI, avocat, conseil,

Dr OPORTUS,

Dr SIMON, conseillers ;

*- pour François et Marie-Geneviève Lambert, tiers-intervenants*

Me M. MUNIER-APAIRE, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,

Me B. LORIT, avocat, conseils.

Les requérants (à l'exception du premier requérant), ainsi que Rachel Lambert, François Lambert et Marie-Geneviève Lambert, tiers-intervenants, étaient également présents.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Alabrune, Me Paillot, Me Triomphe, Me Munier-Apaire et Me Pettiti, ainsi que M. Alabrune et Me Paillot en leurs réponses aux questions posées par un juge.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

**10.** Les requérants, tous ressortissants français, sont M. Pierre Lambert et son épouse Mme Viviane Lambert, nés respectivement en 1929 et 1945 et résidant à Reims, M. David Philippon, né en 1971 et résidant à Mourmelon et Mme Anne Tuarze, née en 1978 et résidant à Milizac. Ils

sont respectivement les parents, un demi-frère et une sœur de Vincent Lambert, né le 20 septembre 1976.

**11.** Victime d'un accident de la route le 29 septembre 2008, Vincent Lambert subit un grave traumatisme crânien qui le rendit tétraplégique et entièrement dépendant. Selon l'expertise médicale ordonnée par le Conseil d'État le 14 février 2014, il est dans un état végétatif chronique (paragraphe 40 ci-dessous).

**12.** De septembre 2008 à mars 2009, il fut hospitalisé dans les services de réanimation, puis de neurologie du centre hospitalier de Châlons en Champagne. De mars à juin 2009, il fut pris en charge au centre héliomarin de Berck sur Mer puis, à compter du 23 juin 2009, au centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims, dans l'unité des patients en état pauci relationnel (unité de soins de suite et de réadaptation) où il est toujours hospitalisé. Cette unité accueille huit patients en état végétatif ou en état de conscience minimale. Vincent Lambert bénéficie d'une hydratation et d'une alimentation artificielles par voie entérale, à savoir au moyen d'une sonde gastrique.

**13.** En juillet 2011, il fit l'objet d'une évaluation dans un service spécialisé de l'université de Liège, le Coma Science Group, qui conclut qu'il était dans un état neurovégétatif chronique qualifié de « conscience minimale plus ». Conformément aux préconisations du Coma Science Group, il bénéficia de séances quotidiennes de kinésithérapie entre septembre 2011 et fin octobre 2012, qui ne donnèrent pas de résultats, ainsi que de 87 séances d'orthophonie entre mars et septembre 2012, en vue d'établir un code de communication. Toutefois, aucun code ne put être établi. Des essais de mise en fauteuil furent également réalisés.

#### **A. La première décision prise en vertu de la loi du 22 avril 2005**

**14.** Les soignants de Vincent Lambert ayant cru percevoir en 2012 chez lui des signes de plus en plus marqués d'opposition aux soins et à la toilette, l'équipe médicale engagea au cours des premiers mois de 2013 la procédure collégiale prévue par la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (paragraphe 54 ci-dessous), en y associant son épouse, Rachel Lambert.

**15.** Cette procédure aboutit à la décision du Dr Kariger, médecin en charge de Vincent Lambert et chef du service où il est hospitalisé, d'arrêter sa nutrition et de réduire son hydratation. Cette décision fut mise en œuvre le 10 avril 2013.

#### **B. L'ordonnance de référé du 11 mai 2013**

**16.** Le 9 mai 2013, les requérants saisirent le juge des référés du tribunal administratif de Châlons en Champagne d'une action fondée sur l'article L.



521-2 du code de justice administrative (référé liberté) visant à enjoindre sous astreinte au centre hospitalier de rétablir l'alimentation et l'hydratation normales de Vincent Lambert et de lui prodiguer les éventuels soins nécessités par son état.

**17.** Par ordonnance du 11 mai 2013, le juge des référés fit droit à leurs demandes. Le juge considéra que, faute de directives anticipées de Vincent Lambert et en l'absence d'une personne de confiance conformément aux dispositions pertinentes du code de la santé publique, la procédure collégiale devait être poursuivie avec sa famille, quand bien même elle était divisée sur son devenir. Le juge releva que, si l'épouse de Vincent Lambert avait été associée à cette procédure, il ressortait de l'instruction que ses parents n'avaient pas été informés de sa mise en œuvre, et que la décision d'arrêter l'alimentation et de limiter l'hydratation, dont ils ne connaissaient ni la nature ni les motifs, ne respectait pas leurs souhaits.

**18.** Le juge estima en conséquence que ces manquements procéduraux caractérisaient une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, à savoir le droit au respect de la vie, et enjoignit au centre hospitalier de rétablir l'alimentation et l'hydratation normales de Vincent Lambert et de lui prodiguer les soins nécessaires à son état de santé.

### **C. La seconde décision prise en vertu de la loi du 22 avril 2005**

**19.** À compter de septembre 2013, une nouvelle procédure collégiale fut engagée. Le Dr Kariger consulta six médecins, dont trois médecins extérieurs à l'établissement (un neurologue, une cardiologue et un anesthésiste ayant une expérience de médecine palliative), choisis respectivement par les parents, l'épouse de Vincent Lambert et l'équipe médicale. Il prit également connaissance d'une contribution écrite d'un médecin responsable d'un service comprenant une unité de vie spécialisée dans une maison de santé.

**20.** Par ailleurs, il réunit deux conseils de familles les 27 septembre et 16 novembre 2013, comprenant l'épouse, les parents et les huit frères et sœurs de Vincent Lambert. Rachel Lambert et six des huit frères et sœurs se prononcèrent pour l'interruption de son alimentation et de son hydratation artificielles, tandis que les requérants se prononcèrent pour son maintien.

**21.** Le 9 décembre 2013, le Dr Kariger réunit l'ensemble des médecins, ainsi que la presque totalité de l'équipe soignante. À l'issue de cette réunion, le Dr Kariger et cinq des six médecins consultés se déclarèrent favorables à l'arrêt du traitement.

**22.** Au terme de cette consultation, le Dr Kariger annonça le 11 janvier 2014 son intention d'interrompre la nutrition et l'hydratation artificielles à

compter du 13 janvier, sous réserve d'une saisine du tribunal administratif. Sa décision, un rapport motivé de treize pages dont une synthèse de sept pages fut lue à la famille, constatait notamment que la situation de Vincent Lambert se caractérisait par la nature irréversible de ses lésions cérébrales, que le traitement apparaissait inutile, disproportionné et n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et qu'il était certain que Vincent Lambert ne souhaitait pas avant son accident vivre dans de telles conditions. Le Dr Kariger concluait que la prolongation de sa vie par la poursuite de traitements de nutrition et l'hydratation artificielles relevait d'une obstination déraisonnable.

#### **D. Le jugement du tribunal administratif du 16 janvier 2014**

**23.** Le 13 janvier 2014, les requérants saisirent le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne d'une nouvelle requête en référé liberté fondée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, afin que soit interdit au centre hospitalier et au médecin concerné de faire supprimer l'alimentation et l'hydratation de Vincent Lambert et que soit ordonné le transfert immédiat de ce dernier dans une unité de vie spécialisée à Oberhausbergen gérée par l'association Amréso Bethel (voir paragraphe 8 ci dessus). Rachel Lambert et François Lambert, neveu de Vincent Lambert, intervinrent dans la procédure en qualité de tierces parties.

**24.** Le tribunal administratif, siégeant en formation plénière de neuf juges, tint son audience le 15 janvier 2014. Par jugement du 16 janvier 2014, il suspendit l'exécution de la décision du Dr Kariger du 11 janvier 2014.

**25.** Le tribunal affirma tout d'abord que l'article 2 de la Convention ne s'opposait pas à ce qu'un État réglemente la possibilité pour un individu de s'opposer à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie, ou à un médecin en charge d'un patient hors d'état d'exprimer sa volonté et dont il estimait, après avoir mis en œuvre un ensemble de garanties, que le traitement qui lui était administré consistait en une obstination déraisonnable, de mettre fin à ce traitement, sous le contrôle du conseil de l'ordre des médecins, du comité d'éthique du centre hospitalier, le cas échéant, ainsi que du juge administratif et du juge pénal.

**26.** Le tribunal estima ensuite qu'il résultait des dispositions pertinentes du code de la santé publique, telles qu'issues de la loi du 22 avril 2005 et éclairées par les travaux parlementaires, que l'alimentation et l'hydratation artificielles par voie entérale, qui empruntent aux médicaments le monopole de distribution des pharmacies, ont pour objet d'apporter des nutriments spécifiques aux patients dont les fonctions sont altérées et nécessitent le recours à des techniques invasives en vue de leur administration, constituent des traitements.

**27.** Observant que la décision du Dr Kariger était fondée sur la volonté qu'aurait exprimée Vincent Lambert de ne pas être maintenu en vie dans un état de grande dépendance et qu'il n'avait ni rédigé de directives anticipées, ni désigné de personne de confiance, le tribunal considéra que la position qu'il avait exprimée devant son épouse et l'un de ses frères émanait d'une personne valide qui n'était pas confrontée aux conséquences immédiates de son souhait et ne se trouvait pas dans le contexte d'une manifestation formelle d'une volonté expresse, quelle qu'ait été sa connaissance professionnelle de patients dans une telle situation. Le tribunal estima par ailleurs que le fait que Vincent Lambert ait eu des relations conflictuelles avec ses parents, dont il ne partageait pas les valeurs morales ou les engagements religieux, ne permettait pas de le regarder comme ayant manifesté une volonté certaine de refuser tout traitement, et qu'il ne pouvait pas être déduit de ses manifestations d'opposition aux soins une volonté univoque quant à sa volonté de rester ou non en vie. Le tribunal conclut que le Dr Kariger avait apprécié de manière erronée la volonté de Vincent Lambert.

**28.** Par ailleurs, le tribunal releva que, selon le rapport établi en 2011 par le centre hospitalier universitaire de Liège (voir paragraphe 13 ci-dessus), Vincent Lambert était dans un état pauci-relationnel impliquant la persistance d'une perception émotionnelle et l'existence de possibles réactions à son environnement et que, dès lors, l'alimentation et l'hydratation artificielles n'avaient pas pour objet de le maintenir artificiellement en vie. Enfin, le tribunal estima qu'en l'absence de contraintes ou souffrances engendrée par le traitement, celui-ci ne pouvait être qualifié d'inutile ou disproportionné. Il conclut donc que la décision du Dr Kariger constituait une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de Vincent Lambert, ordonna la suspension de son exécution et rejeta par ailleurs la demande visant à le transférer dans une unité de vie spécialisée à Oberhausbergen.

## **E. La décision du Conseil d'État du 14 février 2014**

**29.** Par trois requêtes du 31 janvier 2014, Rachel Lambert, François Lambert et le centre hospitalier firent appel de ce jugement devant le juge des référés du Conseil d'État. Les requérants formèrent un appel incident, en demandant le transfert immédiat de Vincent Lambert dans l'unité de vie spécialisée. L'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro lésés (UNAFTC, voir paragraphe 8 ci-dessus) forma une demande de tierce intervention.

**30.** À l'audience de référé du 6 février 2014, le président de la section du contentieux du Conseil d'État décida de renvoyer l'affaire devant la formation plénière de dix-sept membres, l'assemblée du contentieux.

**31.** L'audience eut lieu le 13 février 2014. Dans ses conclusions devant le Conseil d'État, le rapporteur public cita notamment les propos tenus par le

ministre de la santé aux sénateurs qui examinaient le projet de loi dite Leonetti :

« Si le geste d'arrêter un traitement (...) entraîne la mort, l'intention du geste [n'est pas de tuer : elle est] de restituer à la mort son caractère naturel et de soulager. C'est particulièrement important pour les soignants, dont le rôle n'est pas de donner la mort. »

**32.** Le Conseil d'État rendit sa décision le 14 février 2014. Après avoir joint les requêtes et admis l'intervention de l'UNAFTC, le Conseil d'État précisa dans les termes suivants l'office du juge des référés appelé à statuer sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

« Considérant qu'en vertu [de l'article L. 521-2], le juge administratif des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par une urgence particulière, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale ; que ces dispositions législatives confèrent au juge des référés, qui se prononce en principe seul et qui statue, en vertu de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, par des mesures qui présentent un caractère provisoire, le pouvoir de prendre, dans les délais les plus brefs et au regard de critères d'évidence, les mesures de sauvegarde nécessaires à la protection des libertés fondamentales ;

Considérant toutefois qu'il appartient au juge des référés d'exercer ses pouvoirs de manière particulière, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 (...) d'une décision, prise par un médecin sur le fondement du code de la santé publique et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie ; qu'il doit alors, le cas échéant en formation collégiale, prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en procédant à la conciliation des libertés fondamentales en cause que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable ; que, dans cette hypothèse, le juge des référés ou la formation collégiale à laquelle il a renvoyé l'affaire peut, le cas échéant, après avoir suspendu à titre provisoire l'exécution de la mesure et avant de statuer sur la requête dont il est saisi, prescrire une expertise médicale et solliciter, en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, l'avis de toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à éclairer utilement la juridiction. »

**33.** Le Conseil d'État affirma qu'il résultait des termes mêmes des articles pertinents du code de la santé publique (articles L. 1110 5, L. 1111 4 et R. 4127 37) et des travaux parlementaires que ces dispositions étaient de portée générale et s'appliquaient à Vincent Lambert comme à tous les usagers du système de santé, en précisant ce qui suit :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que toute personne doit recevoir les soins les plus appropriés à son état de santé, sans que les actes de prévention, d'investigation et de soins qui sont pratiqués lui fassent courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ; que ces actes ne doivent

toutefois pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et qu'ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris lorsqu'ils apparaissent inutiles ou disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, que la personne malade soit ou non en fin de vie ; que lorsque celle-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter un traitement au motif que sa poursuite traduirait une obstination déraisonnable ne peut, s'agissant d'une mesure susceptible de mettre en danger la vie du patient, être prise par le médecin que dans le respect de la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et des règles de consultation fixées par le code de la santé publique ; qu'il appartient au médecin, s'il prend une telle décision, de sauvegarder en tout état de cause la dignité du patient et de lui dispenser des soins palliatifs ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions des articles L. 1110-5 et L. 1111-4 du code de la santé publique, éclairées par les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 22 avril 2005, que le législateur a entendu inclure au nombre des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés, au motif d'une obstination déraisonnable, l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient ; que l'alimentation et l'hydratation artificielles relèvent de ces actes et sont, par suite, susceptibles d'être arrêtées lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable. »

**34.** Le Conseil d'État considéra ensuite qu'il lui incombait de s'assurer, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'avaient été respectées les conditions mises par la loi pour que puisse être prise une décision mettant fin à un traitement dont la poursuite traduirait une obstination déraisonnable et qu'il devait disposer à cette fin des informations les plus complètes, notamment sur l'état de santé de Vincent Lambert. Il estima en conséquence nécessaire, avant de statuer sur la requête, d'ordonner une expertise médicale confiée à des praticiens disposant de compétences reconnues en neurosciences, aux fins de se prononcer, de façon indépendante et collégiale, après avoir examiné le patient, rencontré l'équipe médicale et le personnel soignant et pris connaissance de l'ensemble de son dossier médical, sur l'état actuel de Vincent Lambert et de donner au Conseil d'État toutes indications utiles sur ses perspectives d'évolution.

**35.** Le Conseil d'État décida que l'expertise serait confiée à un collège de trois médecins désignés par le président de la section du contentieux sur proposition respectivement des présidents de l'Académie nationale de médecine, du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil national de l'ordre des médecins, avec la mission suivante, à remplir dans un délai de deux mois à compter de sa constitution :

- « - de décrire l'état clinique actuel de M. Lambert et son évolution depuis le bilan effectué en juillet 2011 par le Coma Science Group du centre hospitalier universitaire de Liège ;
- de se prononcer sur le caractère irréversible des lésions cérébrales de M. Lambert et sur le pronostic clinique ;
- de déterminer si ce patient est en mesure de communiquer, de quelque manière que ce soit, avec son entourage ;
- d'apprécier s'il existe des signes permettant de penser aujourd'hui que M. Lambert réagit aux soins qui lui sont prodigués et, dans l'affirmative, si ces réactions peuvent être interprétées comme un rejet de ces soins, une souffrance, le

souhait que soit mis fin au traitement qui le maintient en vie ou comme témoin, au contraire, du souhait que ce traitement soit prolongé. »

**36.** Par ailleurs, le Conseil d'État estima nécessaire, vu l'ampleur et la difficulté des questions d'ordre scientifique, éthique et déontologique qui se posaient à l'occasion de l'examen de l'affaire, d'inviter, en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique et le Conseil national de l'ordre des médecins ainsi que M. Jean Leonetti, rapporteur de la loi du 22 avril 2005, à lui présenter avant la fin du mois d'avril 2014 des observations écrites d'ordre général de nature à l'éclairer utilement sur l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie au sens de l'article L. 1110-5 précité, en particulier au regard des personnes qui sont, comme Vincent Lambert, dans un état pauci relationnel.

**37.** Enfin, le Conseil d'État rejeta la demande des requérants visant son transfert dans une unité de vie spécialisée (paragraphe 29 ci-dessus).

## **F. L'expertise médicale et les observations générales**

### *1. L'expertise médicale*

**38.** Les experts examinèrent Vincent Lambert à neuf reprises. Ils prirent connaissance de la totalité du dossier médical, incluant notamment le rapport du Coma Science Group de Liège (voir paragraphe 13 ci-dessus), du dossier de soins, du dossier administratif et eurent accès à tous les examens d'imagerie. Ils consultèrent également toutes les pièces du dossier contentieux utiles pour l'expertise. Par ailleurs, ils rencontrèrent entre le 24 mars et le 23 avril 2014 toutes les parties (famille, équipe médicale et soignante, médecins conseils et représentants de l'UNAFTC et du centre hospitalier) et effectuèrent sur Vincent Lambert une série d'examens.

**39.** Le 5 mai 2014, les experts adressèrent aux parties leur pré-rapport en vue de recueillir leurs observations. Leur rapport définitif, déposé le 26 mai 2014, donna les réponses suivantes aux questions posées par le Conseil d'État.

### **a) Sur l'état clinique de Vincent Lambert et son évolution**

**40.** Les experts indiquèrent que l'état clinique de Vincent Lambert correspondait à un état végétatif, sans aucun signe en faveur d'un état de conscience minimale. Par ailleurs, ils soulignèrent qu'il présentait des troubles de la déglutition et une atteinte motrice très sévère des quatre membres avec d'importantes rétractions tendineuses. Ils notèrent que son état de conscience s'était dégradé depuis l'évaluation faite à Liège en 2011.

## **b) Sur le caractère irréversible des lésions cérébrales et sur le pronostic clinique**

**41.** Les experts rappelèrent que les deux principaux éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère réversible ou non de lésions cérébrales sont, d'une part, le délai écoulé depuis la survenue de l'accident qui les a provoquées et, d'autre part, la nature même des lésions. En l'espèce, ils notèrent que cinq ans et demi s'étaient écoulés depuis le traumatisme crânien initial et que les examens d'imagerie avaient montré une atrophie cérébrale majeure témoignant d'une perte neuronale définitive, une destruction quasi-complète de régions stratégiques telles que les deux thalamus et de la partie haute du tronc cérébral, et une atteinte sévère des voies de communication cérébrales. Ils conclurent que les lésions cérébrales étaient irréversibles. Par ailleurs, ils indiquèrent que la longue durée d'évolution, la dégradation clinique depuis juillet 2011, l'état végétatif actuel, la nature destructrice et l'étendue des lésions cérébrales, les résultats fonctionnels, joints à la sévérité de l'atteinte motrice des quatre membres, constituaient autant d'éléments en faveur d'un mauvais pronostic clinique.

## **c) Sur la capacité de Vincent Lambert à communiquer avec son entourage**

**42.** Au vu des examens effectués, et tenant compte notamment de ce que le protocole de rééducation orthophonique suivi en 2012 n'était pas parvenu à établir un code de communication, les experts conclurent que Vincent Lambert n'était pas en mesure d'établir une communication fonctionnelle avec son entourage.

## **d) Sur l'existence de signes permettant de penser que Vincent Lambert réagit aux soins prodigués et sur leur interprétation**

**43.** Les experts constatèrent que Vincent Lambert réagissait aux soins ou stimulations douloureuses, mais conclurent qu'il s'agissait de réponses non conscientes. Ils estimèrent qu'il n'était pas possible de les interpréter comme un vécu conscient de souffrance ou comme l'expression d'une intention ou d'un souhait à l'égard de l'arrêt ou de la prolongation du traitement.

## *2. Les observations générales*

**44.** Les 22 et 29 avril et le 5 mai 2014, le Conseil d'État reçut les observations générales du Conseil national de l'ordre des médecins, de M. Jean Leonetti, rapporteur de la loi du 22 avril 2005, de l'Académie nationale de médecine et du Comité consultatif national d'éthique.

Le Conseil national de l'ordre des médecins précisa notamment que, par les termes de « seul maintien artificiel de la vie » à l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, le législateur visait la situation des personnes chez lesquelles, non seulement le maintien de la vie n'est assuré que par le recours à des moyens et techniques de substitution de fonctions vitales essentielles, mais aussi et surtout, chez lesquelles on constate une altération profonde et irréversible des fonctions cognitives et relationnelles. Il mit en exergue l'importance de la notion de temporalité, en soulignant qu'en présence d'un état pathologique devenu chronique, entraînant une détérioration physiologique de la personne et une perte de ses facultés cognitives et relationnelles, l'obstination pourrait être considérée comme déraisonnable dès lors qu'aucun signe d'amélioration n'apparaîtrait.

M. Leonetti souligna que la loi s'appliquait à des patients cérébro lésés, et donc atteints d'une maladie grave et incurable dans un état avancé de leur maladie, mais qui n'étaient pas obligatoirement « en fin de vie », ce qui avait amené le législateur à intituler la loi « droits des malades et fin de vie » et non pas « droits des malades en fin de vie ». Il précisa les critères de l'obstination déraisonnable ainsi que ses éléments d'évaluation et indiqua que la formulation de traitement n'ayant « d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie », plus stricte que celle initialement envisagée de traitement « qui prolonge artificiellement la vie », était plus restrictive et faisait référence au maintien artificiel de la vie « au sens purement biologique, avec la double caractéristique qu'il s'agit d'un patient présentant des lésions cérébrales majeures et irréversibles et que son état ne présente plus de possibilité de conscience de soi et de vie relationnelle ». Il indiqua que la loi faisait porter la responsabilité de la décision d'arrêt de traitement au seul médecin et n'avait pas voulu transférer cette responsabilité à la famille, pour éviter tout sentiment de culpabilité et pour que la personne qui a pris la décision soit identifiée.

L'Académie nationale de médecine rappela l'interdit fondamental pour le médecin de donner délibérément la mort à autrui, qui est à la base de la relation de confiance entre le patient et le médecin. L'Académie se référa à l'analyse qu'elle faisait de longue date selon laquelle la loi du 22 avril 2005 s'appliquait non seulement aux diverses situations de « fin de vie », mais aux situations posant le très difficile questionnement éthique « d'arrêt de vie » d'un patient en « survie », en état de conscience minimale ou état végétatif chronique.

Le Comité consultatif national d'éthique examina de façon approfondie les difficultés posées par les notions d'obstination déraisonnable, de traitements, de maintien artificiel de la vie, rappela les données médicales sur l'état pauci-relationnel ou état de conscience minimale et exposa le questionnement éthique relatif à de telles situations. Il préconisa notamment qu'une réflexion soit engagée pour que le processus de délibération collective puisse aboutir à un véritable processus de décision



collective et qu'en cas d'absence de consensus il puisse être fait recours à une possibilité de médiation.

## **G. La décision du Conseil d'État du 24 juin 2014**

**45.** L'audience eut lieu le 20 juin 2014 devant le Conseil d'État. Dans ses conclusions, le rapporteur public souligna notamment ce qui suit :

« (...) à ceux dont la vocation [est] de soigner, le législateur [n'a] pas voulu imposer de franchir le fossé existant entre laisser la mort faire son œuvre, lorsque plus rien ne peut l'empêcher, et celui de l'infliger directement par l'administration d'un produit létal. En interrompant un traitement, le médecin ne tue pas, il se résout à se retirer lorsqu'il n'y a plus rien à faire. »

Le Conseil d'État rendit sa décision le 24 juin 2014. Après avoir admis l'intervention en qualité de tierce partie de Marie Geneviève Lambert, demi-sœur de Vincent Lambert, et rappelé les dispositions de droit interne applicables, telles que commentées et éclairées par les observations générales reçues, le Conseil d'État examina successivement les arguments des requérants fondés sur la Convention et sur le droit interne.

**46.** Sur le premier point, le Conseil d'État réitéra que lorsque le juge des référés était saisi sur le fondement de l'article L. 521 2 du code de justice administrative (référé liberté) d'une décision prise par un médecin en application du code de la santé publique, conduisant à interrompre ou ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait d'une manière irréversible une atteinte à la vie, il lui appartenait d'examiner un moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions en cause avec la Convention (paragraphe 32 ci dessus).

**47.** En l'espèce, le Conseil d'État répondit dans les termes suivants aux arguments fondés sur les articles 2 et 8 de la Convention :

« Considérant, d'une part, que les dispositions contestées du code de la santé publique ont défini un cadre juridique réaffirmant le droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés, le droit de voir respectée sa volonté de refuser tout traitement et le droit de ne pas subir un traitement médical qui traduirait une obstination déraisonnable ; que ces dispositions ne permettent à un médecin de prendre, à l'égard d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, une décision de limitation ou d'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger que sous la double et stricte condition que la poursuite de ce traitement traduise une obstination déraisonnable et que soient respectées les garanties tenant à la prise en compte des souhaits éventuellement exprimés par le patient, à la consultation d'au moins un autre médecin et de l'équipe soignante et à la consultation de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche ; qu'une telle décision du médecin est susceptible de faire l'objet d'un recours devant une juridiction pour s'assurer que les conditions fixées par la loi ont été remplies ;

Considérant ainsi que, prises dans leur ensemble, eu égard à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles doivent être mises en œuvre, les dispositions

contestées du code de la santé publique ne peuvent être regardées comme incompatibles avec les stipulations de l'article 2 de la Convention (...), ainsi qu'avec celles de son article 8 (...) »

Le Conseil d'État rejeta par ailleurs les moyens des requérants fondés sur les articles 6 et 7 de la Convention, en retenant que le rôle confié au médecin par les dispositions du code de la santé publique n'était pas incompatible avec l'obligation d'impartialité résultant de l'article 6 précité et que l'article 7, qui s'applique aux condamnations pénales, ne pouvait être utilement invoqué en l'espèce.

**48.** Sur l'application des dispositions pertinentes du code de la santé publique, le Conseil d'État énonça ce qui suit :

« Considérant que, si l'alimentation et l'hydratation artificielles sont au nombre des traitements susceptibles d'être arrêtés lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable, la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode d'alimentation et d'hydratation ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite du traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable ;

Considérant que, pour apprécier si les conditions d'un arrêt d'alimentation et d'hydratation artificielles sont réunies s'agissant d'un patient victime de lésions cérébrales graves, quelle qu'en soit l'origine, qui se trouve dans un état végétatif ou dans un état de conscience minimale le mettant hors d'état d'exprimer sa volonté et dont le maintien en vie dépend de ce mode d'alimentation et d'hydratation, le médecin en charge doit se fonder sur un ensemble d'éléments, médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité ; qu'outre les éléments médicaux, qui doivent couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégalement et porter notamment sur l'état du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique, le médecin doit accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir, le cas échéant, antérieurement exprimée, quels qu'en soient la forme et le sens ; qu'à cet égard, dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie dans les conditions présentes ; que le médecin doit également prendre en compte les avis de la personne de confiance, dans le cas où elle a été désignée par le patient, des membres de sa famille ou, à défaut, de l'un de ses proches, en s'efforçant de dégager une position consensuelle ; qu'il doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard (...) »

**49.** Le Conseil d'État précisa ensuite qu'il lui revenait de s'assurer, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire et des éléments versés dans le cadre de l'instruction contradictoire menée devant lui, en particulier du rapport de l'expertise médicale, que la décision prise par le Dr Kariger le 11 janvier 2014 avait respecté les conditions posées par la loi pour que puisse être prise une décision mettant fin à un traitement dont la poursuite traduirait une obstination déraisonnable.

## 50. À cet égard, le Conseil d'État statua comme suit :

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la procédure collégiale menée par le Dr Kariger (...), préalablement à l'intervention de la décision du 11 janvier 2014, s'est déroulée conformément aux prescriptions de l'article R. 4127-37 du code de la santé publique et a comporté, alors que les dispositions de cet article exigent que soit pris l'avis d'un médecin et, le cas échéant, d'un second, la consultation de six médecins ; que le Dr Kariger n'était pas légalement tenu de faire participer à la réunion du 9 décembre 2013 un second médecin désigné par les parents de M. Lambert, lesquels en avaient déjà désigné un premier ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que certains membres du personnel soignant auraient été délibérément écartés de cette réunion ; que le Dr Kariger était en droit de s'entretenir avec M. François Lambert, neveu du patient ; que les circonstances que le Dr Kariger se soit opposé à une demande de récusation et au transfert de M. Lambert dans un autre établissement et qu'il se soit publiquement exprimé ne traduisent pas, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, de manquement aux obligations qu'implique le principe d'impartialité, auquel il a satisfait ; qu'ainsi, contrairement à ce qui était soutenu devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, la procédure préalable à l'adoption de la décision du 11 janvier 2014 n'a été entachée d'aucune irrégularité ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort, d'une part, des conclusions des experts que « l'état clinique actuel de M. Lambert correspond à un état végétatif », avec « des troubles de la déglutition, une atteinte motrice sévère des quatre membres, quelques signes de dysfonctionnement du tronc cérébral » et « une autonomie respiratoire préservée » ; que les résultats des explorations cérébrales structurales et fonctionnelles effectuées du 7 au 11 avril 2014 (...) sont compatibles avec un tel état végétatif et que l'évolution clinique, marquée par la disparition des fluctuations de l'état de conscience de M. Lambert qui avaient été constatées lors du bilan effectué en juillet 2011 au Coma Science Group du centre hospitalier universitaire de Liège, ainsi que par l'échec des tentatives thérapeutiques actives préconisées lors de ce bilan, suggère « une dégradation de l'état de conscience depuis cette date » ;

Considérant qu'il ressort, d'autre part, des conclusions du rapport des experts que les explorations cérébrales auxquelles il a été procédé ont mis en évidence des lésions cérébrales graves et étendues, se traduisant notamment par une « atteinte sévère de la structure et du métabolisme de régions sous-corticales cruciales pour le fonctionnement cognitif » et par une « désorganisation structurelle majeure des voies de communication entre les régions cérébrales impliquées dans la conscience » ; que la sévérité de l'atrophie cérébrale et des lésions observées conduisent, avec le délai de cinq ans et demi écoulé depuis l'accident initial, à estimer les lésions cérébrales irréversibles ;

Considérant, en outre, que les experts ont conclu que « la longue durée d'évolution, la dégradation clinique depuis 2011, l'état végétatif actuel, la nature destructrice et l'étendue des lésions cérébrales, les résultats des tests fonctionnels ainsi que la sévérité de l'atteinte motrice des quatre membres » constituaient des éléments indicateurs d'un « mauvais pronostic clinique » ;

Considérant, enfin, que si les experts ont relevé que M. Lambert peut réagir aux soins qui lui sont prodigués et à certaines stimulations, ils ont indiqué que les caractéristiques de ces réactions suggèrent qu'il s'agit de réponses non conscientes et n'ont pas estimé possible d'interpréter ces réactions comportementales comme témoignant d'un « vécu conscient de souffrance » ou manifestant une intention ou un souhait concernant l'arrêt ou la poursuite du traitement qui le maintient en vie ;

Considérant que ces conclusions, auxquelles les experts ont abouti de façon unanime, au terme d'une analyse qu'ils ont menée de manière collégiale et qui a comporté l'examen du patient à neuf reprises, des investigations cérébrales approfondies, des rencontres avec l'équipe médicale et le personnel soignant en charge de ce dernier ainsi que l'étude de l'ensemble de son dossier, confirment celles qu'a faites le Dr Kariger quant au caractère irréversible des lésions et au pronostic clinique de M. Lambert ; que les échanges qui ont eu lieu dans le cadre de l'instruction contradictoire devant le Conseil d'État postérieurement au dépôt du rapport d'expertise ne sont pas de nature à infirmer les conclusions des experts ; que, s'il ressort du rapport d'expertise, ainsi qu'il vient d'être dit, que les réactions de M. Lambert aux soins ne peuvent pas être interprétées, et ne peuvent ainsi être regardées comme manifestant un souhait concernant l'arrêt du traitement, le Dr Kariger avait indiqué dans la décision contestée que ces comportements donnaient lieu à des interprétations variées qui devaient toutes être considérées avec une grande réserve et n'en a pas fait l'un des motifs de sa décision ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des dispositions du code de la santé publique qu'il peut être tenu compte des souhaits d'un patient exprimés sous une autre forme que celle des directives anticipées ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du témoignage de Mme Rachel Lambert, qu'elle-même et son mari, tous deux infirmiers, avaient souvent évoqué leurs expériences professionnelles respectives auprès de patients en réanimation ou de personnes polyhandicapées et qu'à ces occasions, M. Lambert avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance ; que la teneur de ces propos, datés et rapportés de façon précise par Mme Rachel Lambert, a été confirmée par l'un des frères de M. Lambert ; que si ces propos n'ont pas été tenus en présence des parents de M. Lambert, ces derniers n'allèguent pas que leur fils n'aurait pu les tenir ou aurait fait part de souhaits contraires ; que plusieurs des frères et sœurs de M. Lambert ont indiqué que ces propos correspondaient à la personnalité, à l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ; qu'ainsi, le Dr Kariger, en indiquant, dans les motifs de la décision contestée, sa certitude que M. Lambert ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions, ne peut être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident ;

Considérant, en quatrième lieu, que le médecin en charge est tenu, en vertu des dispositions du code de la santé publique, de recueillir l'avis de la famille du patient avant toute décision d'arrêt de traitement ; que le Dr Kariger a satisfait à cette obligation en consultant l'épouse de M. Lambert, ses parents et ses frères et sœurs lors des deux réunions mentionnées précédemment ; que si les parents de M. Lambert ainsi que certains de ses frères et sœurs ont exprimé un avis opposé à l'interruption du traitement, l'épouse de M. Lambert et ses autres frères et sœurs se sont déclarés favorables à l'arrêt du traitement envisagé ; que le Dr Kariger a pris en considération ces différents avis ; que, dans les circonstances de l'affaire, il a pu estimer que le fait que les membres de la famille n'aient pas eu une opinion unanime quant au sens de la décision n'était pas de nature à faire obstacle à sa décision ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les différentes conditions mises par loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. Vincent Lambert et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'État, comme réunies ; que la décision du 11 janvier 2014 du Dr Kariger de mettre fin à

l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale. »

**51.** En conséquence, le Conseil d'État, réformant le jugement du tribunal administratif, rejeta les demandes des requérants.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Le code de la santé publique

**52.** Selon l'article L. 1110 1 du code de la santé publique (ci après le code), le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. L'article L. 1110 2 du code énonce que la personne malade a droit au respect de sa dignité et l'article L. 1110 9 garantit à toute personne dont l'état le requiert le droit d'accéder à des soins palliatifs, définis par l'article L. 1110 10 comme des soins actifs et continus visant à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage.

**53.** La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti du nom de son rapporteur, M. Jean Leonetti (voir paragraphe 44 ci dessus), a modifié un certain nombre d'articles du code. Cette loi a été adoptée à la suite des travaux d'une mission parlementaire d'information présidée par M. Leonetti, qui avait pour objectif d'appréhender l'ensemble des questions posées par la fin de vie et d'envisager d'éventuelles modifications législatives ou réglementaires. Lors de ses travaux, la mission d'information a procédé à l'audition de nombreuses personnes ; elle a rendu son rapport le 30 juin 2004. La loi a été votée à l'unanimité à l'Assemblée nationale le 30 novembre 2004 et au Sénat le 12 avril 2005.

La loi n'autorise ni l'euthanasie, ni le suicide assisté. Elle ne permet au médecin d'interrompre un traitement que si sa poursuite manifeste une obstination déraisonnable (autrement dit relève de l'acharnement thérapeutique) et selon une procédure réglementée.

Les articles pertinents du code, dans leur rédaction résultant de la loi, se lisent ainsi :

#### Article L. 1110-5

« Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.

Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 (...)

Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.

Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort (...) »

#### Article L. 1111-4

« Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix (...)

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical (...) »

#### Article L. 1111-6

« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement (...) »

#### Article L. 1111-11

« Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

À condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant (...) »

**54.** La procédure collégiale prévue par le cinquième alinéa de l'article L. 1111 4 du code est précisée à l'article R. 4127 37 du code, qui fait partie du code de déontologie médicale et se lit ainsi :

« I. En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie.

II. Dans les cas prévus au cinquième alinéa de l'article L. 1111-4 et au premier alinéa de l'article L. 1111-13, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés ne peut être prise sans qu'ait été préalablement mise en œuvre une procédure collégiale. Le médecin peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative. Il est tenu de le faire au vu des directives anticipées du patient présentées par l'un des détenteurs de celles-ci mentionnés à l'article R. 1111-19 ou à la demande de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, de l'un des proches. Les détenteurs des directives anticipées du patient, la personne de confiance, la famille ou, le cas échéant, l'un des proches sont informés, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en œuvre la procédure collégiale.

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile.

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches (...)

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. Les avis recueillis, la nature et le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins ainsi que les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient. La personne de confiance, si elle a été désignée, la famille ou, à défaut, l'un des proches du patient sont informés de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement.

III. Lorsqu'une limitation ou un arrêt de traitement a été décidé en application de l'article L. 1110-5 et des articles L. 1111-4 ou L. 1111-13, dans les conditions prévues aux I et II du présent article, le médecin, même si la souffrance du patient ne peut pas être évaluée du fait de son état cérébral, met en œuvre les traitements, notamment antalgiques et sédatifs, permettant d'accompagner la personne selon les principes et dans les conditions énoncés à l'article R. 4127-38. Il veille également à ce que l'entourage du patient soit informé de la situation et reçoive le soutien nécessaire. »

**55.** L'article R. 4127 38 du code dispose :

« Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage.

Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort. »

## **B. La proposition de loi du 21 janvier 2015**

**56.** Deux députés (MM. Leonetti et Claeys) ont déposé le 21 janvier 2015 à l'Assemblée nationale une proposition de loi contenant notamment les modifications suivantes à la loi du 22 avril 2005 :

- l'article 2 de la proposition de loi précise que la nutrition et l'hydratation artificielles constituent un traitement ;
- les directives anticipées seront contraignantes pour le médecin et n'auront plus de limite de validité (actuellement leur validité est de trois ans), leur rédaction sera encadrée et elles seront plus accessibles. En l'absence de directives anticipées, le rôle de la personne de confiance est précisé (elle exprime la volonté du patient et son témoignage prévaut sur tout autre témoignage) ;
- la proposition de loi reconnaît expressément que toute personne a « le droit de refuser ou de ne pas subir tout traitement », sans que le médecin insiste pour le poursuivre (rédaction antérieure) ; ce dernier doit néanmoins continuer à assurer l'accompagnement du malade, notamment palliatif ;
- le droit de ne pas souffrir est reconnu (le médecin doit mettre en place l'ensemble des traitements antalgiques et sédatifs pour répondre à la souffrance en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie),
- le droit à une sédation profonde et continue jusqu'au décès en phase terminale est également reconnu : sédation et arrêt de traitement (y compris hydratation et nutrition artificielles) sont obligatoirement associés. Lorsque le patient n'est pas en état d'exprimer sa volonté, la proposition de loi prévoit que, sous réserve de la prise en compte de la volonté du patient et selon une procédure collégiale, le médecin a l'obligation de suspendre ou de ne pas entreprendre les traitements qui « n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie » (dans la rédaction actuelle, le médecin peut les suspendre). Si ces conditions sont réunies, le patient a droit à une sédation profonde et continue jusqu'au décès.

La proposition de loi a été adoptée le 17 mars 2015 par l'Assemblée nationale et est en cours d'examen au Sénat.

## **C. Le code de justice administrative**

**57.** L'article L. 521 2 du code de justice administrative, relatif au référé liberté, est ainsi rédigé :



« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

**58.** L'article R. 625 3 du même code dispose :

« La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine.

L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties (...) »

**III. TEXTES DU CONSEIL DE L'EUROPE**

**A. La Convention d'Oviedo sur les Droits de l'Homme et la biomédecine**

**59.** La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (dite Convention d'Oviedo sur les Droits de l'Homme et la biomédecine), adoptée en 1997 et entrée en vigueur le 1er décembre 1999, a été ratifiée par vingt-neuf des États membres du Conseil de l'Europe. Ses dispositions pertinentes se lisent ainsi :

Article 1 - Objet et finalité

« Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (...) »

Article 5 – Règle générale

« Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement. »

Article 6 – Protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir

« 1. Sous réserve des articles 17 et 20, une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct. (...)

3. Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi.

La personne concernée doit dans la mesure du possible être associée à la procédure d'autorisation.

4. Le représentant, l'autorité, la personne ou l'instance mentionnés aux paragraphes 2 et 3 reçoivent, dans les mêmes conditions, l'information visée à l'article 5.

5. L'autorisation visée aux paragraphes 2 et 3 peut, à tout moment, être retirée dans l'intérêt de la personne concernée. »

#### Article 9 – Souhaits précédemment exprimés

« Les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte. »

## **B. Le Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie**

**60.** Ce guide a été élaboré par le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, dans le cadre de ses travaux relatifs aux droits des patients et dans le but de faciliter la mise en œuvre des principes établis dans la Convention d'Oviedo.

Il a pour objet de proposer des repères pour la mise en œuvre du processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie, de rassembler les références tant normatives qu'éthiques, ainsi que les éléments relevant de la bonne pratique médicale utiles aux professionnels de santé confrontés à la mise en œuvre de ce processus décisionnel et de participer, par les clarifications qu'il apporte, à la réflexion globale sur ce sujet.

**61.** Le guide cite comme cadre juridique et éthique du processus décisionnel les principes d'autonomie (consentement libre, éclairé et préalable du patient), de bienfaisance et de non malfaisance, et de justice (équité dans l'accès aux soins). Le guide précise que le médecin ne doit pas mettre en œuvre un traitement inutile ou disproportionné au regard des risques et contraintes qu'il présente ; il doit délivrer au patient des traitements proportionnés et adaptés à sa situation. Il a de plus l'obligation de prendre soin de lui, de soulager sa souffrance et de l'accompagner.

Les traitements recouvrent les interventions visant à améliorer l'état de santé d'un patient en agissant sur les causes de la maladie, mais également celles qui n'agissent pas sur l'étiologie de la maladie mais sur des symptômes, ou qui répondent à une insuffisance fonctionnelle. Sous la rubrique « Ce qui fait débat », le guide expose ce qui suit :

### **« La question de la limitation, de l'arrêt ou de la non-mise en place de l'hydratation et de la nutrition artificielles**

La nourriture et la boisson données à un patient encore en capacité de se nourrir et de boire constituent des apports extérieurs relevant des besoins physiologiques qu'il convient de satisfaire. Elles relèvent des soins qui devraient être apportés, sauf en cas de refus du patient.

La nutrition et l'hydratation artificielles sont apportées au patient en réponse à une indication médicale et supposent le choix d'une procédure et d'un dispositif médical (perfusion, sonde entérale). Dans un certain nombre de pays, la nutrition et l'hydratation artificielles sont ainsi considérées comme des traitements, et sont donc susceptibles d'être limitées ou arrêtées dans les conditions et selon les garanties prévues pour les limitations et arrêts de traitement (refus de traitement exprimé par le patient, refus de l'obstination déraisonnable ou d'un traitement disproportionné évalué par l'équipe soignante, et admis dans le cadre d'une procédure collective). Les questions posées les concernant sont celle de la volonté du patient et celle du caractère approprié du traitement dans la situation considérée.

Toutefois, dans d'autres pays, il est considéré que l'hydratation et la nutrition artificielles ne sont pas des traitements susceptibles de faire l'objet d'une décision de limitation ou d'arrêt, mais sont des soins répondant à des besoins essentiels de la personne que l'on ne peut arrêter à moins que le patient, en phase terminale de sa fin de vie, en ait exprimé le souhait.

La question du caractère approprié, au plan médical, de la nutrition et de l'hydratation artificielles en phase terminale est elle-même débattue. Pour certains, la mise en œuvre ou le maintien d'une nutrition et d'une hydratation artificielles sont considérés comme nécessaires au confort du patient en fin de vie. Pour d'autres, le bénéfice pour le patient d'un recours à la nutrition et l'hydratation artificielles en phase terminale, compte tenu des recherches dans le domaine des soins palliatifs, ne va pas de soi. »

**62.** Le guide concerne le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie (qu'il s'agisse de leur mise en œuvre, de leur modification, de leur adaptation, de leur limitation ou de leur arrêt). Il ne porte ni sur la question de l'euthanasie, ni sur celle du suicide assisté, que certaines législations nationales autorisent.

**63.** Même si le processus décisionnel comprend d'autres acteurs, le guide souligne que le sujet et acteur principal en est le patient. Lorsque ce dernier ne peut pas ou plus participer à la décision, celle-ci est alors prise par un tiers, selon des modalités prévues par la législation nationale en vigueur, mais le patient est néanmoins intégré au processus décisionnel par l'intermédiaire des souhaits qu'il a pu précédemment exprimer. Le guide en énumère les différentes modalités : ils peuvent avoir été confiés oralement à un membre de la famille ou à un proche, ou à une personne de confiance désignée comme telle ; ils peuvent revêtir une expression formelle, telles les directives anticipées ou testament de vie, ou le mandat donné à un tiers, parfois appelé mandat de protection future.

**64.** Parmi les autres acteurs du processus décisionnel figurent, le cas échéant, le représentant légal ou mandataire, les membres de la famille et les proches, ainsi que les soignants. Le guide souligne que la place du médecin est essentielle, voire prépondérante, en raison de sa capacité à apprécier la situation de son patient sur le plan médical. Lorsque le patient n'est pas ou plus en mesure d'exprimer sa volonté, il est celui qui, dans le cadre du processus décisionnel collectif ayant impliqué l'ensemble des

professionnels de santé concernés, prendra la décision clinique, guidé par l'intérêt supérieur du patient, après avoir pris connaissance de l'ensemble des éléments de contexte (consultation de la famille, des proches, de la personne de confiance, etc.) et pris en compte les souhaits précédemment exprimés lorsqu'ils existent. Dans certains systèmes, la décision est prise par un tiers, mais le médecin est dans tous les cas le garant de la bonne marche du processus décisionnel.

**65.** Le guide réitère que le patient est toujours au centre du processus décisionnel, lequel revêt une dimension collective lorsque le patient ne peut plus ou ne veut plus y participer directement. Le guide distingue trois grandes étapes dans le processus décisionnel : individuelle (chaque acteur construit son argumentation sur la base des informations collectées), collective (les différents acteurs échangent et débattent entre eux) et conclusive (la prise de décision proprement dite).

**66.** Le guide précise qu'il est parfois nécessaire, en cas de divergence importante des positions ou de grande complexité ou de spécificité de la question posée, de prévoir la consultation de tiers soit pour enrichir le débat, soit pour lever une difficulté ou pour résoudre un conflit. La consultation d'un comité d'éthique clinique peut par exemple s'avérer opportune. Au terme de la délibération collective, un accord doit être trouvé et une conclusion dégagée et validée collectivement, puis formalisée et transcrite par écrit.

**67.** Si le médecin prend la décision, il doit le faire sur la base des conclusions de la délibération collective et l'annoncer, le cas échéant, au patient, à la personne de confiance et/ou à l'entourage du patient, à l'équipe soignante et aux tiers concernés qui ont pris part au processus. La décision doit en outre être formalisée (sous la forme d'un écrit reprenant les motivations) et conservée en un lieu défini.

**68.** Le guide expose, comme point faisant débat, le recours à la sédation profonde en phase terminale, qui peut avoir pour effet de raccourcir la durée de vie restante. Le guide suggère enfin une évaluation du processus décisionnel après sa mise en œuvre.

## **C. Recommandation du Comité des Ministres**

**69.** Dans sa Recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, le Comité des Ministres a recommandé aux États membres d'encourager ces pratiques et a défini un certain nombre de principes pour les aider à les réglementer.

## **D. Textes de l'Assemblée Parlementaire**

**70.** Dans sa Recommandation 1418 (1999) sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants,

l'Assemblée recommande au Comité des Ministres d'encourager les États membres à respecter et à protéger la dignité des malades incurables et des mourants à tous égards, notamment leur droit à l'autodétermination, en prenant les mesures nécessaires :

- pour faire respecter leurs instructions ou leur déclaration formelle («living will») rejetant certains traitements médicaux données ou faites par avance lorsqu'ils sont désormais incapables d'exprimer leur volonté,
- pour que, sans préjudice de la responsabilité thérapeutique ultime du médecin, les volontés qu'ils ont exprimées en ce qui concerne une forme particulière de traitement soit prise en compte, pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à leur dignité d'êtres humains.

**71.** La Résolution 1859 (2012) de l'Assemblée, intitulée « Protéger les droits humains et la dignité de la personne en tenant compte des souhaits précédemment exprimés par les patients » rappelle les principes d'autonomie personnelle et de consentement, incorporés dans la convention d'Oviedo (paragraphe 59 ci-dessus), dont il résulte notamment que nul ne peut être contraint de subir un traitement médical contre sa volonté. La résolution fixe les lignes directrices à respecter par les parlements nationaux en matière de directives anticipées, de testaments de vie et de procurations permanentes.

#### IV. LE DROIT COMPARÉ

##### **A. Législation et pratique des États membres du Conseil de l'Europe**

**72.** Selon les renseignements dont la Cour dispose concernant 39 des 47 États membres du Conseil de l'Europe, il n'existe pas dans la pratique de consensus pour autoriser l'arrêt d'un traitement n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie. Dans une majorité d'États, l'arrêt est possible sous certaines conditions. La législation d'autres États l'interdit ou demeure silencieuse à ce sujet.

**73.** En ce qui concerne les États qui l'autorisent, cette possibilité est prévue soit par la législation, soit par des instruments non contraignants, le plus souvent des codes déontologiques des professions médicales. En Italie, en l'absence de cadre juridique, l'arrêt du traitement a été reconnu par la jurisprudence.

**74.** Bien que les modalités qui encadrent l'arrêt du traitement varient d'un État à l'autre, il y a un consensus sur le rôle primordial de la volonté du patient dans la prise de la décision. Le principe du consentement aux soins médicaux étant l'un des aspects du droit au respect de la vie privée, les États ont mis en place différentes procédures pour assurer l'expression du consentement ou pour en vérifier l'existence.

**75.** L'ensemble des législations qui autorisent l'arrêt du traitement prévoit la possibilité pour le patient d'émettre des directives anticipées. À défaut de telles directives, la décision appartient à une tierce personne : au médecin traitant ou aux proches du patient ou à son représentant légal, voire au juge. Dans tous les cas de figure, l'intervention des proches du patient est possible, sans toutefois que les législations opèrent un choix entre les proches en cas de désaccord. Certains États ont toutefois instauré une hiérarchie parmi les proches et font prévaloir le choix du conjoint sur ceux des autres.

**76.** Outre la recherche du consentement du patient, l'arrêt du traitement est soumis à d'autres conditions. Ainsi, selon les cas, il est requis que le patient soit mourant ou atteint d'une affection aux conséquences médicales graves et irréversibles, que le traitement ne soit plus dans le meilleur intérêt du patient, qu'il soit vain et que l'arrêt soit précédé d'une phase d'observation suffisamment longue et d'un réexamen de l'état de santé du patient.

## **B. Observations de la Clinique des Droits de l'Homme**

**77.** La Clinique des Droits de l'Homme, tiers intervenante (voir paragraphe 8 ci-dessus), présente un état des lieux des législations et pratiques nationales s'agissant de la question de l'euthanasie active et passive et du suicide assisté dans les États appartenant aux continents européen et américain.

**78.** L'étude aboutit à la conclusion qu'il n'existe, à l'heure actuelle, aucun consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, comme au sein des États tiers, pour autoriser ou non le suicide assisté ou l'euthanasie.

**79.** En revanche, il y a un consensus pour encadrer strictement les modalités de l'euthanasie passive dans les États qui l'autorisent. À cet égard, la législation de chaque État prévoit des critères pour déterminer le moment de l'euthanasie eu égard à l'état du patient et pour s'assurer de son consentement à la mise en œuvre de cette mesure. Cependant, ces critères varient sensiblement d'un État à l'autre.

## **EN DROIT**

### **I. SUR LA QUALITÉ POUR AGIR AU NOM ET POUR LE COMPTE DE VINCENT LAMBERT**

**80.** Les requérants considèrent que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 de la Convention. Ils estiment que la privation de nourriture et d'hydratation serait pour lui un

mauvais traitement constitutif de torture, au sens de l'article 3 de la Convention, et font également valoir que la privation de kinésithérapie depuis octobre 2012, ainsi que de rééducation à la déglutition équivalent à un traitement inhumain et dégradant prohibé par cette disposition. Ils estiment enfin que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation s'analyserait également en une atteinte à l'intégrité physique de Vincent Lambert, au sens de l'article 8 de la Convention.

**81.** Les articles 2, 3 et 8 de la Convention se lisent ainsi :

Article 2

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement (...) »

Article 3

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

**A. Sur la qualité pour agir des requérants au nom et pour le compte de Vincent Lambert**

*1. Les arguments des parties*

**a) Le Gouvernement**

**82.** Le Gouvernement observe que les requérants n'indiquent pas vouloir agir au nom de Vincent Lambert et estime sans objet la question de savoir s'ils peuvent saisir la Cour en son nom.

**b) Les requérants**

**83.** Les requérants font valoir que toute personne doit pouvoir bénéficier des garanties apportées par la Convention, quel que soit son handicap, y compris s'il n'a pas de représentant. Ils soulignent qu'à aucun moment leur défaut de qualité ou d'intérêt à agir n'ont été mis en cause devant les juridictions internes, dans la mesure où le droit français reconnaît à la famille d'un patient dont on veut arrêter le traitement le droit de prendre position sur la mesure considérée, ce qui emporte nécessairement qualité

pour agir non seulement en son nom propre devant une juridiction, mais également au nom du patient.

**84.** Citant les critères posés par la Cour dans l'arrêt *Koch c. Allemagne* (no 497/09, §§ 43 et suiv., 19 juillet 2012), les requérants estiment que ces critères sont réunis en l'espèce, à savoir l'intérêt général de l'affaire, ainsi que les liens familiaux étroits et leur intérêt personnel pour l'affaire. Ils soulignent avoir saisi les juridictions nationales puis la Cour pour faire valoir les droits fondamentaux de Vincent Lambert au titre des articles 2 et 3 qu'il ne peut invoquer lui-même et que son épouse ne peut davantage invoquer, puisqu'elle a accepté la décision médicale contestée.

c) Les tiers intervenants individuels

**85.** Rachel Lambert, épouse de Vincent Lambert, considère que les requérants n'ont pas qualité pour agir au nom de Vincent Lambert. Elle rappelle que la Cour s'est montrée disposée à reconnaître la qualité pour agir d'un proche, soit parce que ses griefs soulevaient une question d'intérêt général touchant au « respect des droits de l'homme » et qu'en tant qu'héritier il avait un intérêt légitime à maintenir la requête, soit en raison d'un effet direct sur ses propres droits. Toutefois, dans l'affaire *Sanles Sanles c. Espagne* ((déc.), no 48335/99, CEDH 2000 XI), la Cour a estimé que les droits invoqués par la requérante au titre des articles 2, 3, 5 et 8 de la Convention relevaient de la catégorie des droits non transférables et a conclu que l'intéressée, qui était la belle sœur et l'héritière légitime du défunt, ne pouvait se prétendre victime d'une violation au nom de feu son beau-frère.

**86.** En ce qui concerne la représentation, elle rappelle qu'il est essentiel pour le représentant de démontrer qu'il a reçu des instructions précises et explicites de la part de la victime alléguée ; or, tel n'est pas le cas des requérants, qui n'ont reçu aucune instruction précise et explicite de Vincent Lambert, alors même que l'instruction diligentée par le Conseil d'État a mis en évidence qu'elle-même avait reçu de son époux ses souhaits, vœux et confidences, appuyés par des attestations produites devant les juridictions nationales.

**87.** François Lambert et Marie Geneviève Lambert, neveu et demi-sœur de Vincent Lambert, estiment que les requérants n'ont pas qualité pour agir au nom de ce dernier. Ils font valoir en premier lieu que les violations des articles 2, 3 et 8 de la Convention que les requérants allèguent concernent des droits non transférables qu'ils ne peuvent s'approprier en leur nom, en second lieu qu'ils n'ont pas la qualité de représentants légaux de Vincent Lambert, majeur né en 1976 et, en troisième lieu, que leur recours contrevient à la liberté de conscience de ce dernier, au droit à sa propre vie et porte atteinte à sa vie privée. François Lambert et Marie Geneviève Lambert rappellent que si, à titre exceptionnel, la Cour a pu admettre que des parents puissent agir au lieu et place d'une victime pour invoquer une violation de l'article 3 de la Convention, c'était dans la



seule hypothèse d'une disparition ou du décès de la victime, et en présence de circonstances particulières, conditions qui ne sont pas présentes en l'espèce, rendant la requête irrecevable. Ils font valoir que la Cour a eu l'occasion de confirmer cette irrecevabilité dans des affaires de fin de vie similaires à la présente (*Sanles Sanles*, décision précitée, et *Ada Rossi et autres c. Italie* (déc.), no 55185/08, 16 décembre 2008).

**88.** Ils estiment enfin que, dans les faits, les requérants sont « illégitimes » à contester la décision du Conseil d'État, dès lors que la position qu'ils défendent est à l'opposé des convictions de Vincent Lambert et que les médecins comme les juges ont tenu compte des souhaits de ce dernier, exprimés à son épouse à laquelle l'unissaient des liens très forts, et en connaissance de cause compte tenu de son expérience professionnelle d'infirmier.

## 2. L'appréciation de la Cour

### a) Rappel des principes

**89.** La Cour a récemment rappelé, dans les affaires *Nencheva et autres c. Bulgarie* (no 48609/06, 18 juin 2013) et *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* ([GC], no 47848/08, CEDH 2014), les principes suivants.

Pour se prévaloir de l'article 34 de la Convention, un requérant doit pouvoir se prétendre victime d'une violation de la Convention ; la notion de « victime », selon la jurisprudence constante de la Cour, doit être interprétée de façon autonome et indépendante des notions internes telles que celles concernant l'intérêt ou la qualité pour agir (*Nencheva et autres*, précité, § 88). L'intéressé doit pouvoir démontrer qu'il a « subi directement les effets » de la mesure litigieuse (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, § 96, et la jurisprudence citée).

**90.** Ce principe connaît une exception lorsque la ou les violations invoquées de la Convention sont étroitement liées à des disparitions ou décès dans des circonstances dont il est allégué qu'elles engagent la responsabilité de l'État. Dans de tels cas, en effet, la Cour reconnaît aux proches parents de la victime la qualité pour soumettre une requête (*Nencheva et autres*, précité, § 89, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, §§ 98-99, et la jurisprudence citée).

**91.** Par ailleurs, si la requête n'est pas introduite par la victime elle-même, l'article 45 § 3 du règlement impose de produire un pouvoir écrit dûment signé. Il est essentiel pour le représentant de démontrer qu'il a reçu des instructions précises et explicites de la part de la victime alléguée au nom de laquelle il entend agir devant la Cour (*Post c. Pays-Bas* (déc.), no 21727/08, 20 janvier 2009, *Nencheva et autres*, précité, § 83 et

*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, § 102). Les organes de la Convention ont toutefois estimé que des considérations spéciales pouvaient se justifier dans le cas de victimes alléguées de violations des articles 2, 3 et 8 de la Convention subies aux mains des autorités nationales. Des requêtes introduites par des particuliers au nom de la ou des victimes ont ainsi été déclarées recevables, alors même qu'aucun type de pouvoir valable n'avait été présenté (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, § 103).

**92.** Une attention particulière a été accordée à des facteurs de vulnérabilité, tels que l'âge, le sexe ou le handicap, propres à empêcher certaines victimes de soumettre leur cause à la Cour, compte dûment tenu par ailleurs des liens entre la victime et la personne auteur de la requête (*ibidem*).

**93.** Ainsi, dans l'affaire *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* (no 23715/94, décision de la Commission du 20 mai 1996), qui portait notamment sur l'article 8 de la Convention, la Commission a admis la requête introduite par un *solicitor* au nom d'enfants qu'il avait représentés dans la procédure interne, dans laquelle il avait été désigné par le tuteur ad litem, après avoir relevé notamment que leur mère s'en désintéressait, que les autorités locales étaient critiquées dans la requête et qu'il n'y avait pas d'opposition d'intérêts entre le *solicitor* et les enfants.

Dans l'affaire *İlhan c. Turquie* ([GC], no 22277/93, §§ 54-55, CEDH 2000 VII), où la victime directe, Abdüllatif İlhan, souffrait de séquelles graves résultant de mauvais traitements infligés par les forces de sécurité, la Cour a estimé que la requête fondée sur les articles 2 et 3 de la Convention était valablement introduite par son frère, dans la mesure où il résultait des faits qu'Abdüllatif İlhan avait consenti à l'engagement de la requête, où il n'y avait pas de conflit d'intérêts entre lui même et son frère, qui avait été touché de près par l'incident, et où il était dans une situation particulièrement vulnérable en raison des séquelles dont il souffrait.

Dans l'affaire *Y.F. c. Turquie* (no 24209/94, § 31, CEDH 2003 IX), où un mari se plaignait, en invoquant l'article 8 de la Convention, que son épouse ait été forcée de subir un examen gynécologique à l'issue de sa garde à vue, la Cour a considéré qu'il était loisible au requérant, en tant que proche de la victime, de soulever un grief concernant les violations alléguées de la Convention formulées par son épouse, compte tenu en particulier de la situation vulnérable dans laquelle elle s'était trouvée dans les circonstances particulières de l'espèce.

**94.** Par ailleurs, toujours dans le contexte de l'article 8 de la Convention, la Cour a admis à plusieurs reprises que des parents qui n'avaient pas de droits parentaux puissent la saisir au nom de leurs enfants mineurs (voir

notamment *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, §§ 138-139, CEDH 2000 VIII, *Šneerson et Campanella c. Italie*, no 14737/09, § 61, 12 juillet 2011, *Diamante et Pelliccioni c. Saint Marin*, no 32250/08, §§ 146-147, 27 septembre 2011, *A.K. et L. c. Croatie*, no 37956/11, §§ 48-50, 8 janvier 2013 et *Raw et autres c. France*, no 10131/11, §§ 51-52, 7 mars 2013). Le critère essentiel qu'elle a retenu dans ces affaires était le risque que certains intérêts des mineurs ne soient pas portés à son attention et qu'ils soient privés d'une protection effective des droits qu'ils tirent de la Convention.

**95.** Enfin, la Cour a adopté récemment une approche similaire dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu* précitée, qui concernait un jeune homme d'origine rom gravement handicapé et séropositif décédé à l'hôpital avant l'introduction de la requête, sans proches connus et sans que l'État lui ait désigné de représentant. Au vu des circonstances exceptionnelles de l'espèce et de la gravité des allégations formulées, la Cour a reconnu au Centre de ressources juridiques la qualité pour représenter Valentin Câmpeanu, en soulignant que conclure autrement reviendrait à empêcher que ces graves allégations de violation de la Convention puissent être examinées au niveau international (§ 112).

## **b) Application au cas d'espèce**

**96.** Les requérants allèguent au nom de Vincent Lambert la violation des articles 2, 3 et 8 de la Convention (voir paragraphe 80 ci-dessus).

**97.** La Cour estime tout d'abord que la jurisprudence concernant les requêtes introduites au nom de personnes décédées n'est pas applicable en l'espèce, puisque Vincent Lambert n'est pas décédé mais se trouve dans un état qualifié par l'expertise médicale d'état végétatif (paragraphe 40 ci-dessus). Il incombe donc à la Cour d'établir si l'on se trouve face à des circonstances où elle a jugé qu'une requête pouvait être introduite au nom et pour le compte d'une personne vulnérable sans que cette dernière ait donné ni pouvoir valable, ni instructions, à celui qui prétendait agir pour elle (voir paragraphes 93-95 ci-dessus).

**98.** Elle relève qu'aucune des affaires dans lesquelles elle a admis de façon exceptionnelle qu'une personne puisse agir pour une autre n'est similaire à la présente affaire. L'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu* précitée doit en être distinguée, dans la mesure où la victime directe était décédée et n'avait personne pour la représenter. Or, en l'espèce, si la victime directe est hors d'état de s'exprimer, plusieurs membres de sa famille proche souhaitent s'exprimer pour elle, tout en faisant valoir des points de vue diamétralement opposés. D'un côté, les requérants font essentiellement valoir le droit à la vie protégé par l'article 2, dont la Cour a rappelé dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* (no 2346/02, § 65, CEDH 2002 III) le « caractère sacré »,

de l'autre les tiers intervenants individuels (Rachel Lambert, François Lambert et Marie Geneviève Lambert) se fondent sur le droit au respect de la vie privée et en particulier le droit de chacun, compris dans la notion d'autonomie personnelle (*Pretty*, précité, § 61), de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin (*Pretty*, § 67, *Haas c. Suisse*, no 31322/07, § 51, CEDH 2011 et *Koch*, précité, § 52).

**99.** Pour leur part, les requérants proposent à la Cour d'appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Koch* précité (§ 44), qu'ils estiment remplir, à savoir l'existence de liens familiaux étroits, l'existence dans leur chef d'un intérêt personnel ou juridique suffisant à l'issue de la procédure et l'expression antérieure de leur intérêt pour l'affaire.

**100.** Toutefois, la Cour rappelle que, dans l'affaire *Koch* précitée, le requérant soutenait que les souffrances de son épouse et les circonstances finales du décès de celle-ci l'avaient affecté au point d'emporter violation *de ses propres droits* en vertu de l'article 8 de la Convention (§ 43). C'est donc sur ce point que la Cour était appelée à se prononcer, et c'est dans ce contexte qu'elle a estimé qu'il y avait lieu de tenir compte aussi des critères développés dans sa jurisprudence permettant à un proche ou à un héritier de porter une action devant elle au nom de la personne décédée (§ 44).

**101.** Or, la Cour est d'avis que ces critères ne sont pas applicables en l'espèce, puisque Vincent Lambert n'est pas décédé et que les requérants entendent soulever des griefs *en son nom*.

**102.** L'examen de la jurisprudence concernant les cas dans lesquels les organes de la Convention ont admis qu'un tiers puisse, dans des circonstances exceptionnelles, agir au nom et pour le compte d'une personne vulnérable (paragraphe 93-95 ci-dessus) fait ressortir les deux critères principaux suivants : le risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective et l'absence de conflit d'intérêts entre la victime et le requérant.

**103.** Faisant application de ces critères à la présente affaire, la Cour ne décèle en premier lieu aucun risque que les droits de Vincent Lambert soient privés d'une protection effective. En effet, conformément à sa jurisprudence constante (voir paragraphes 90 ci-dessus et 115 ci-après) les requérants, en leur qualité de proches de Vincent Lambert, peuvent invoquer devant elle en leur propre nom le droit à la vie protégé par l'article 2.

**104.** En application du second critère, la Cour doit ensuite établir s'il y a convergence d'intérêts entre les requérants et Vincent Lambert. À cet égard, elle relève que l'un des aspects primordiaux de la procédure interne a précisément consisté à déterminer les souhaits de ce dernier. En effet, la décision du Dr Kariger du 11 janvier 2014 était fondée sur la

certitude qu'il « ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions » (paragraphe 22 ci-dessus). Dans sa décision du 24 juin 2014, le Conseil d'État a estimé, au vu des témoignages de l'épouse et d'un frère de Vincent Lambert et des déclarations de plusieurs de ses autres frères et sœurs, qu'en se fondant sur ce motif, le Dr Kariger « ne [pouvait] être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident » (paragraphe 50 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour n'estime pas établi qu'il y ait convergence d'intérêts entre ce qu'expriment les requérants et ce qu'aurait souhaité Vincent Lambert.

**105.** La Cour conclut que les requérants n'ont pas qualité pour soulever au nom et pour le compte de Vincent Lambert les griefs tirés des articles 2, 3 et 8 de la Convention qu'ils invoquent.

**106.** Il s'ensuit que ces griefs sont incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 a) et doivent être rejetés en application de l'article 35 § 4.

## **B. Sur la qualité pour agir de Rachel Lambert au nom et pour le compte de Vincent Lambert**

### *1. Les arguments des parties*

**107.** Par lettre de son conseil du 9 juillet 2014, Rachel Lambert a demandé à représenter son mari, Vincent Lambert, en qualité de tiers intervenant dans la procédure. Elle a communiqué à l'appui de cette demande un jugement du juge des tutelles de Châlons en Champagne du 17 décembre 2008 l'autorisant à représenter son époux dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, ainsi que deux attestations établies par une sœur et un demi-frère de Vincent Lambert. Selon ces attestations, ce dernier n'aurait pas souhaité que ses parents, dont il était éloigné moralement et physiquement, prennent de décision dans son cas, mais plutôt son épouse, qui serait sa personne de confiance. Elle a également produit une attestation de sa belle mère qui rapporte l'avoir accompagnée en juillet 2012 à la consultation d'un professeur de médecine au centre hospitalier universitaire de Liège, en présence des deux premiers requérants, consultation où elle-même et Rachel Lambert auraient fait part des souhaits de Vincent Lambert de ne pas vivre dans le handicap si la situation devait se présenter, et où la deuxième requérante aurait dit que, si la question d'une euthanasie devait se poser, elle laisserait la décision à Rachel Lambert. Dans ses observations, Rachel Lambert fait valoir qu'ayant reçu les souhaits de son mari, appuyés par des attestations qu'elle a produites, elle est seule à avoir qualité pour agir juridiquement au nom de Vincent Lambert et le représenter.

**108.** Le Gouvernement ne s'est pas exprimé sur ce point.

**109.** Les requérants soutiennent que le jugement du juge des tutelles produit par Rachel Lambert ne lui donne pas un pouvoir de représentation général de son mari, mais seulement un pouvoir de représentation dans le domaine patrimonial. Elle ne peut donc revendiquer être la seule personne à représenter son mari devant la Cour. Par ailleurs, les requérants soutiennent que les attestations qu'elle a produites n'ont aucune valeur juridique et contestent le contenu de celle de sa belle-mère. Ils relèvent que Vincent Lambert n'a pas nommé de personne de confiance et concluent qu'en l'état du droit français et faute de placement sous tutelle ou curatelle, Vincent Lambert n'est représenté par personne dans les procédures qui le concernent personnellement.

## *2. L'appréciation de la Cour*

**110.** La Cour relève qu'aucune disposition de la Convention n'autorise un tiers intervenant à représenter une autre personne devant elle. Par ailleurs, aux termes de l'article 44 § 3 a) du règlement, un tiers intervenant est toute personne intéressée « autre que le requérant. »

**111.** Dans ces conditions, la Cour ne peut que rejeter la demande de Rachel Lambert.

## **C. Conclusion**

**112.** La Cour a conclu que les requérants n'avaient pas qualité pour invoquer, au nom et pour le compte de Vincent Lambert, la violation des articles 2, 3 et 8 de la Convention (voir paragraphes 105-106 ci dessus) et a également rejeté la demande faite par Rachel Lambert de représenter son mari en qualité de tiers intervenant (voir paragraphes 110-111 ci-dessus).

Toutefois, la Cour souligne qu'en dépit des constats qu'elle vient de faire sur la recevabilité, elle examinera ci-après l'ensemble des questions de fond soulevées par la présente affaire sous l'angle de l'article 2 de la Convention, dès lors qu'elles ont été invoquées par les requérants en leur propre nom.

## **II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION**

**113.** Les requérants considèrent que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 de la Convention. Ils soulèvent l'absence de clarté et de précision de la loi du 22 avril 2005 et contestent le processus qui a abouti à la décision du médecin du 11 janvier 2014.

**114.** Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

## A. Sur la recevabilité

**115.** La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle les proches parents d'une personne dont il est allégué que le décès engage la responsabilité de l'État peuvent se prétendre victimes d'une violation de l'article 2 de la Convention (voir paragraphe 90 ci-dessus). Même si à ce jour Vincent Lambert est en vie, il est certain que si l'hydratation et l'alimentation artificielles devaient être arrêtées, son décès surviendrait dans un délai rapproché. Dès lors, même s'il s'agit d'une violation potentielle ou future (*Tauira et 18 autres c. France*, no 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et Rapports (DR) 83-A, p. 131), la Cour considère que les requérants, en leur qualité de proches de Vincent Lambert, peuvent invoquer l'article 2 précité.

**116.** La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

## B. Sur le fond

### 1. Sur la norme applicable

**117.** La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, §§ 146-147, série A no 324), impose à l'État l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement » (obligations négatives), mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (obligations positives) (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998 III).

**118.** La Cour se penchera successivement sur ces deux aspects et examinera en premier lieu si la présente affaire met en jeu les obligations négatives de l'État au titre de l'article 2 précité.

**119.** Si les requérants reconnaissent que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation peut être légitime en cas d'obstination déraisonnable et s'ils disent admettre la distinction légitime entre, d'une part, l'euthanasie et le suicide assisté et, d'autre part, l'abstention thérapeutique qui consiste à arrêter ou ne pas entreprendre un traitement devenu déraisonnable, ils soutiennent à plusieurs reprises dans leurs observations que, ces conditions n'étant pas selon eux réunies, il s'agit en l'espèce de donner volontairement la mort et font référence à la notion « d'euthanasie ».

**120.** Le Gouvernement souligne que la finalité de la décision médicale n'est pas d'interrompre la vie, mais de mettre un terme à des traitements que le patient refuse ou, s'il ne peut exprimer sa volonté, que le médecin estime, au vu d'éléments médicaux et non médicaux, être constitutifs d'une obstination déraisonnable. Il cite le rapporteur public devant le Conseil d'État qui, dans ses conclusions du 20 juin 2014, a relevé qu'en interrompant un traitement, le médecin ne tue pas, il se résout à se retirer lorsqu'il n'y a plus rien à faire (paragraphe 45 ci-dessus).

**121.** La Cour observe que la loi du 22 avril 2005 n'autorise ni l'euthanasie, ni le suicide assisté. Elle ne permet au médecin d'interrompre un traitement que si sa poursuite manifeste une obstination déraisonnable et selon une procédure réglementée. Dans ses observations remises au Conseil d'État, l'Académie nationale de médecine a rappelé l'interdit fondamental pour le médecin de donner délibérément la mort à autrui, qui est à la base de la relation de confiance entre le patient et le médecin. Cette interdiction figure à l'article R. 4127-38 du code de la santé publique, qui dispose que le médecin n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort (paragraphe 55 ci-dessus).

**122.** Lors de l'audience du 14 février 2014, le rapporteur public devant le Conseil d'État a cité les propos tenus par le ministre de la santé aux sénateurs qui examinaient le projet de loi dite Leonetti :

« Si le geste d'arrêter un traitement (...) entraîne la mort, l'intention du geste [n'est pas de tuer : elle est] de restituer à la mort son caractère naturel et de soulager. C'est particulièrement important pour les soignants, dont le rôle n'est pas de donner la mort. »

**123.** Dans l'affaire *Glass c. Royaume-Uni* ((déc.), no 61827/00, 18 mars 2003), les requérants se plaignaient, en invoquant l'article 2 de la Convention, de l'administration de diamorphine à leur fils, sans leur consentement, par les médecins de l'hôpital où il était soigné, au risque d'entraîner son décès. La Cour a relevé que les médecins n'avaient pas l'intention délibérée de tuer l'enfant ni de hâter son décès et a examiné les griefs des parents sous l'angle des obligations positives des autorités (voir également *Powell c. Royaume-Uni* (déc.), no 45305/99, CEDH 2000 V).

**124.** La Cour note que tant les requérants que le Gouvernement font une distinction entre la mort infligée volontairement et l'abstention thérapeutique (voir paragraphes 119-120 ci-dessus) et souligne l'importance de cette distinction. Dans le contexte de la législation française, qui interdit de provoquer volontairement la mort et ne permet que dans certaines circonstances précises d'arrêter ou de ne pas entreprendre des traitements qui maintiennent artificiellement la vie, la Cour estime que la présente affaire ne met pas en jeu les obligations



négatives de l'État au titre de l'article 2 précité et n'examinera les griefs des requérants que sur le terrain des obligations positives de l'État.

## *2. Sur le respect par l'État de ses obligations positives*

### **a) Les arguments des parties et des tiers intervenants**

#### *i) Les requérants*

**125.** Les requérants considèrent tout d'abord que la loi du 22 avril 2005 ne s'applique pas à Vincent Lambert, qui selon eux n'est ni malade, ni en fin de vie, mais gravement handicapé. Ils dénoncent le caractère « flou » de la loi sur les points suivants : la notion d'obstination déraisonnable (et en particulier le critère du traitement « n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie » qu'ils estiment totalement imprécis) et la qualification de l'hydratation et l'alimentation artificielles comme traitements et non comme soins. Ils estiment que l'alimentation entérale que reçoit Vincent Lambert n'est pas un traitement susceptible d'être arrêté et que sa situation médicale ne relève pas de l'obstination déraisonnable.

**126.** Ils considèrent que le processus qui a conduit à la décision du médecin du 11 janvier 2014 n'est pas conforme aux obligations de l'État découlant de l'article 2 de la Convention. Ils font valoir qu'il n'y a pas de collégialité effective de la procédure, qui ne concerne que la prise d'avis purement consultatifs, le médecin décidant seul. Ils estiment que d'autres systèmes seraient possibles, qui permettraient à d'autres médecins ou aux membres de la famille, en l'absence de personne de confiance, de participer à la prise de décision. Ils font enfin valoir que la loi devrait prendre en compte l'hypothèse d'un désaccord entre les membres de la famille et prévoir à tout le moins une médiation.

#### *ii) Le Gouvernement*

**127.** Le Gouvernement fait valoir que la loi du 22 avril 2005 concilie le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement ou de le refuser. La définition de l'obstination déraisonnable repose sur les principes éthiques de bienveillance et non malfaisance rappelés dans le « Guide relatif au processus décisionnel relatif aux traitements médicaux en fin de vie » du Conseil de l'Europe, en fonction desquels les professionnels de santé ne peuvent délivrer que des traitements appropriés et doivent être guidés par le seul bénéfice du patient, lequel doit être apprécié globalement. À cet égard, des éléments médicaux, mais également non médicaux, et notamment la volonté du patient, rentrent en ligne de compte. Il rappelle que, lors des débats parlementaires sur la loi, un amendement visant à exclure l'hydratation et l'alimentation artificielles du champ des traitements a été rejeté et souligne que les traitements recouvrent aussi les moyens et interventions

qui répondent à une insuffisance fonctionnelle du patient et qui supposent la mise en œuvre de techniques médicales intrusives.

**128.** Le Gouvernement souligne que la loi française prévoit un certain nombre de garanties procédurales : la prise en compte de la volonté du patient, de l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches, et la mise en œuvre d'une procédure collégiale à laquelle la famille et les proches sont associés. Il précise enfin que la décision du médecin est soumise au contrôle du juge.

*iii) Les tiers intervenants*

*α) Rachel Lambert*

**129.** Rachel Lambert estime que la loi du 22 avril 2005 entoure la décision du médecin de nombreuses garanties et concilie le droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés et celui de ne pas subir un traitement qui traduirait une obstination déraisonnable. Elle souligne que le législateur n'a pas entendu limiter la reconnaissance d'une expression antérieure des volontés du patient aux cas où celui-ci a désigné une personne de confiance ou rédigé des directives anticipées ; lorsque tel n'est pas le cas, l'avis de la famille est sollicité avec pour premier objectif de rechercher quelle serait sa volonté.

**130.** Se référant à la procédure collégiale mise en œuvre en l'espèce, elle fait valoir que le Dr Kariger a consulté six médecins (dont trois extérieurs à l'hôpital), a convoqué une réunion avec la presque totalité du personnel soignant et l'ensemble des médecins, a réuni deux conseils de famille et que sa décision est longuement motivée et témoigne du sérieux de sa démarche.

*β) François Lambert et Marie-Geneviève Lambert*

**131.** François Lambert et Marie-Geneviève Lambert considèrent que la décision du médecin a été prise conformément à la loi du 22 avril 2005 précitée, dont ils rappellent les dispositions. Ils soulignent que les données de l'expertise médicale ordonnée par le Conseil d'État ont bien caractérisé la notion de traitements ne tendant plus qu'au seul maintien artificiel de la vie, en précisant que c'est l'incapacité de Vincent Lambert à s'alimenter et à s'hydrater seul sans l'assistance médicale d'une hydratation et d'une alimentation entérale qui causerait son décès.

**132.** Ils font valoir que le processus décisionnel a été en l'espèce particulièrement long, méticuleux et respectueux des droits de chacun, des avis médicaux et paramédicaux, ainsi que ceux des membres de la famille qui ont été invités à y participer (tout particulièrement les requérants qui ont bénéficié de l'assistance d'un médecin librement choisi

tout au long du processus) et parfaitement informés à chaque étape. La décision finale a, selon eux, été prise conformément aux processus légal et conventionnel énoncé par le « Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux en fin de vie » du Conseil de l'Europe.

*γ) L'UNAFTC (Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés)*

**133.** L'UNAFTC se fait l'écho des préoccupations des familles et établissements qu'elle fédère et fait valoir les points de vue suivants : les patients en état végétatif chronique et en état pauci-relationnel ne sont pas en fin de vie et ne sont pas maintenus artificiellement en vie ; lorsque le pronostic vital n'est pas engagé, l'alimentation et l'hydratation artificielles ne doivent pas être considérées comme un traitement susceptible d'être arrêté. L'UNAFTC considère que la volonté d'un patient ne peut être reconstituée à partir de propos oraux rapportés par une partie des membres de la famille, soutient que le doute doit toujours profiter à la vie et qu'en tout état de cause, en l'absence de directives anticipées et d'une personne de confiance, une décision d'arrêt de traitement ne peut être prise en l'absence de consensus familial.

*δ) Amréso-Bethel*

**134.** L'association Amréso Bethel, qui gère une unité de soins accueillant des patients en état de conscience minimale ou en état végétatif chronique, expose la façon dont ces patients sont pris en charge.

*ε) La Clinique des droits de l'homme*

**135.** Au vu de la pluralité des conceptions entourant la fin de vie dans le monde et des différences quant aux conditions dans lesquelles l'euthanasie passive peut être pratiquée, la Clinique des Droits de l'Homme considère que les États devraient bénéficier d'une marge d'appréciation pour opérer un équilibre entre l'autonomie personnelle du patient et la protection de sa vie.

## **b) Appréciation de la Cour**

*i) Considérations générales*

*α) Sur l'état de la jurisprudence*

**136.** La Cour n'a jamais statué sur la question qui fait l'objet de la présente requête, mais elle a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires qui portaient sur des problèmes voisins.

**137.** Dans un premier groupe d'affaires, les requérants ou leurs proches invoquaient le droit de mourir en se fondant sur différents articles de la Convention.

Dans l'affaire *Sanles Sanles* précitée, la requérante faisait valoir au nom de son beau-frère, tétraplégique souhaitant mettre fin à ses jours avec l'assistance de tiers et décédé avant l'introduction de la requête, le droit à une mort digne, en invoquant les articles 2, 3, 5, 6, 8, 9 et 14 de la Convention. La Cour a rejeté la requête comme incompatible ratione personae avec les dispositions de la Convention.

Dans l'affaire *Pretty* précitée, la requérante souffrait d'une maladie neurodégénérative incurable au stade terminal et se plaignait, en invoquant les articles 2, 3, 8, 9 et 14 de la Convention, que son mari ne puisse l'aider à se suicider sans faire l'objet de poursuites de la part des autorités britanniques. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas violation de ces articles.

Les affaires *Haas et Koch* précitées portaient sur le suicide assisté et les requérants invoquaient l'article 8 de la Convention. Dans l'affaire *Haas*, où le requérant, souffrant de longue date d'un grave trouble affectif bipolaire, souhaitait mettre fin à ses jours et se plaignait de ne pouvoir se procurer sans ordonnance médicale la substance létale nécessaire à cette fin, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 précité. Dans l'affaire *Koch*, le requérant alléguait que le refus d'autoriser son épouse (paralysée et sous ventilation artificielle) à se procurer une dose mortelle de médicaments pour lui permettre de mettre fin à ses jours avait porté atteinte au droit de celle-ci, ainsi qu'à son propre droit, au respect de leur vie privée et familiale. Il se plaignait également du refus des juridictions nationales d'examiner ses griefs au fond et la Cour n'a conclu à la violation de l'article 8 que sur ce point.

**138.** Dans un second groupe d'affaires, les requérants contestaient l'administration ou l'arrêt d'un traitement.

Dans l'affaire *Glass* précitée, les requérants se plaignaient de l'administration sans leur consentement de diamorphine à leur enfant malade par les médecins de l'hôpital, ainsi que de la mention « ne pas réanimer » figurant dans son dossier. Dans sa décision précitée du 18 mars 2003, la Cour a déclaré manifestement mal fondé leur grief tiré de l'article 2 de la Convention et, dans son arrêt du 9 mars 2004, elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

Dans l'affaire *Burke c. Royaume-Uni* ((déc.), no 19807/06, 11 juillet 2006), le requérant souffrait d'une maladie neurodégénérative incurable et craignait que les directives applicables au Royaume Uni ne puissent conduire le moment venu à l'arrêt de son hydratation et de sa nutrition

artificielles. La Cour a déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement sa requête, fondée sur les articles 2, 3 et 8 de la Convention.

Enfin, dans la décision *Ada Rossi et autres* précitée, la Cour a déclaré incompatible *ratione personae* la requête présentée par des personnes physiques et associations qui se plaignaient, sous l'angle des articles 2 et 3 de la Convention, des effets négatifs que pourrait avoir à leur égard l'exécution d'un arrêt de la Cour de cassation italienne autorisant l'arrêt de l'hydratation et de la nutrition artificielles d'une jeune fille en état végétatif.<sup>1</sup>

**139.** La Cour rappelle qu'à l'exception des violations de l'article 8 dans les arrêts *Glass* et *Koch* précités, elle n'a conclu à la violation de la Convention dans aucune de ces affaires.<sup>2</sup>

### *β) Sur le contexte*

**140.** L'article 2 impose à l'État l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (L.C.B., précité, § 36, et décision *Powell* précitée) ; dans le domaine de la santé publique, ces obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades (*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], no 32967/96, § 49, CEDH 2002 I, décision *Glass* précitée, *Vo c. France* [GC], no 53924/00, § 89, CEDH 2004 VIII et *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, § 130).

**141.** La Cour souligne qu'elle n'est pas saisie dans la présente affaire de la question de l'euthanasie, mais de celle de l'arrêt de traitements qui maintiennent artificiellement la vie (voir paragraphe 124 ci-dessus).

**142.** La Cour a rappelé dans l'arrêt *Haas* précité (§ 54) que la Convention doit être lue comme un tout (voir *mutatis mutandis Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) [GC], no 32772/02, § 83, CEDH 2009). Dans cette affaire, la Cour a estimé que, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, il convenait de se référer à l'article 2 de la Convention (*ibidem*). La Cour considère que l'inverse est également vrai : dans une affaire telle que celle de l'espèce il faut se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 2, à l'article 8 de la Convention, et au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à la notion d'autonomie personnelle qu'il inclut. La Cour a déclaré dans l'arrêt *Pretty* (§ 67) ne pouvoir « exclure que le fait d'empêcher par la loi la requérante d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible représente une atteinte au droit de

<sup>1</sup> Ce paragraphe a été rectifié conformément à l'article 81 du règlement de la Cour.

<sup>2</sup> Ce paragraphe a été rectifié conformément à l'article 81 du règlement de la Cour.

l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention ». Dans l'arrêt *Haas* précité (§ 51), elle a affirmé que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin était l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée.

La Cour renvoie particulièrement aux paragraphes 63 et 65 de l'arrêt *Pretty*, où elle s'est ainsi exprimée :

« En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie. »

« La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention, la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification. À une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle. »

**143.** La Cour tiendra compte de ces considérations dans l'examen du respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2. Elle rappelle aussi que, lorsqu'elle a été saisie de la question de l'administration ou du retrait de traitements médicaux dans les affaires *Glass et Burke* précitées, elle a pris en compte les éléments suivants :

- l'existence dans le droit et la pratique internes d'un cadre législatif conforme aux exigences de l'article 2 (décision *Glass* précitée) ;
- la prise en compte des souhaits précédemment exprimés par le requérant et par ses proches, ainsi que l'avis d'autres membres du personnel médical (décision *Burke* précitée) ;
- la possibilité d'un recours juridictionnel en cas de doute sur la meilleure décision à prendre dans l'intérêt du patient (*ibidem*).

La Cour prendra ces éléments en considération pour l'examen de la présente affaire. Elle tiendra également compte des critères posés par le « Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux en fin de vie » du Conseil de l'Europe (paragraphes 60-68 ci-dessus).

*γ) Sur la marge d'appréciation*

**144.** La Cour rappelle que l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention, qu'aucune dérogation au titre de l'article 15 n'y est autorisée en temps de paix et qu'elle interprète strictement les exceptions qu'il définit (voir notamment *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], no 23458/02, §§ 174-177, CEDH 2011 (extraits)). Toutefois, dans le contexte des obligations positives de l'État, lorsqu'elle a été saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres, la Cour a reconnu à ces derniers une certaine marge d'appréciation.

Tout d'abord, la Cour rappelle que, lorsqu'elle a examiné sous l'angle de l'article 2 de la Convention le point de départ du droit à la vie dans l'affaire *Vo* précitée (qui concernait la relaxe du chef d'homicide involontaire du médecin responsable de la mort *in utero* de l'enfant de la requérante), elle a conclu que cette question relevait de la marge d'appréciation qui doit être reconnue aux États dans ce domaine. Elle a tenu compte de l'absence tant d'une solution commune entre les États contractants que d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (§ 82).

Elle a réitéré cette approche, notamment dans l'affaire *Evans c. Royaume Uni* ([GC], no 6339/05, §§ 54-56, CEDH 2007 I, concernant le fait que le droit interne autorise le retrait par l'ex-compagnon de la requérante de son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons qu'ils avaient créés conjointement) et dans l'affaire *A, B et C c. Irlande* ([GC], no 25579/05, § 237, CEDH 2010, dans laquelle les requérantes contestaient pour l'essentiel, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, l'interdiction en Irlande de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être).

**145.** S'agissant de la question du suicide assisté, la Cour a relevé, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, qu'il n'y avait pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin et en a conclu que la marge d'appréciation des États dans ce domaine était « considérable » (*Haas*, précité, § 55 et *Koch*, précité, § 70).

**146.** Par ailleurs, la Cour a énoncé de façon générale, dans l'affaire *Ciechońska c. Pologne* (no 19776/04, § 65, 14 juin 2011), qui concernait la responsabilité des autorités dans le décès accidentel du mari de la requérante, que le choix par l'État des moyens pour assumer ses obligations positives découlant de l'article 2 précité relève en principe de sa marge d'appréciation.

**147.** La Cour constate qu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe pour permettre l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie, même si une majorité d'États semblent l'autoriser. Bien que les modalités qui encadrent l'arrêt du traitement soient variables d'un État à l'autre, il existe toutefois un consensus sur le rôle primordial de la volonté du patient dans la prise de décision, quel qu'en soit le mode d'expression (paragraphe 74-75 ci-dessus).

**148.** En conséquence, la Cour considère que, dans ce domaine qui touche à la fin de la vie, comme dans celui qui touche au début de la vie, il y a lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle (voir *mutatis mutandis* *A, B et C*, précité, § 237). Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée (*ibidem*, § 238), la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2.

*ii) Application au cas d'espèce*

**149.** Les requérants soulèvent l'absence de clarté et de précision de la loi du 22 avril 2005 et contestent le processus qui a abouti à la décision du médecin du 11 janvier 2014. À leurs yeux, ces déficiences résulteraient d'un manquement des autorités nationales aux obligations de protection que leur impose l'article 2 de la Convention.

*α) Le cadre législatif*

**150.** Les requérants se plaignent du manque de précision et de clarté de la loi, dont ils estiment qu'elle ne s'applique pas au cas de Vincent Lambert, qui n'est ni malade, ni en fin de vie. Ils considèrent également que les notions d'obstination déraisonnable et de traitement pouvant être arrêté ne sont pas définies par la loi avec suffisamment de précision.

**151.** La Cour renvoie au cadre législatif tracé par le code de la santé publique (ci après le code), tel que modifié par la loi du 22 avril 2005 (voir paragraphes 52-54 ci-dessus). Elle rappelle par ailleurs que l'interprétation est inhérente à l'exercice de la fonction juridictionnelle (voir, entre autres *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], no 13279/05, § 85, 20 octobre 2011). Elle observe qu'avant les décisions rendues dans la présente affaire, les juridictions françaises n'avaient encore jamais été appelées à interpréter les dispositions de la loi du 22 avril 2005, qui était pourtant en vigueur depuis neuf ans. En l'espèce, le Conseil d'État a été



amené à préciser le champ d'application de la loi, et à définir les notions de « traitements » et d' « obstination déraisonnable » (voir ci dessous).

- *Le champ d'application de la loi*

**152.** Dans sa décision du 14 février 2014, le Conseil d'État s'est prononcé sur le champ d'application de la loi : il a jugé qu'il résultait des termes mêmes des articles applicables, ainsi que des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi, que ces dispositions étaient de portée générale et qu'elles étaient applicables à tous les usagers du système de santé, que le patient soit ou non en fin de vie (paragraphe 33 ci dessus).

**153.** La Cour observe que, dans ses observations au Conseil d'État, M. Jean Leonetti, rapporteur de la loi du 22 avril 2005, a précisé dans ses observations en qualité d'*amicus curiae* que la loi s'appliquait à des patients cérébro lésés, et donc atteints d' une maladie grave et incurable dans un état avancé de leur maladie, mais qui ne sont pas obligatoirement « en fin de vie », ce qui avait amené le législateur à intituler la loi « droits des malades et fin de vie » et non pas « droits des malades *en* fin de vie » (voir dans le même sens au paragraphe 44 ci dessus les observations de l'Académie nationale de médecine).

- *La notion de traitements*

**154.** Le Conseil d'État, dans sa décision du 14 février 2014, a interprété la notion de traitements susceptibles d'être arrêtés ou limités. Il a considéré, au vu des dispositions des articles L. 1110 5 et 1111 4 précités et des travaux parlementaires, que le législateur avait entendu inclure dans lesdits traitements l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient et que l'alimentation et l'hydratation artificielles faisaient partie de ces actes. Les observations remises au Conseil d'État au titre d'*amicus curiae* convergent sur ce point.

**155.** La Cour note que le « Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux en fin de vie » du Conseil de l'Europe aborde ces questions : le guide précise que les traitements recouvrent non seulement les interventions visant à améliorer l'état de santé d'un patient en agissant sur les causes de la maladie, mais également celles qui n'agissent pas sur l'étiologie de la maladie mais sur des symptômes, ou qui répondent à une insuffisance fonctionnelle. Le guide relève que la nutrition et l'hydratation artificielles sont apportées au patient en réponse à une indication médicale et supposent le choix d'une procédure et d'un dispositif médical (perfusion, sonde entérale). Le guide observe qu'il existe des différences d'approche selon les pays : certains les considèrent comme des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés dans les conditions et selon les garanties prévues par le droit interne ; les questions posées les

concernant sont alors celles de la volonté du patient et celle du caractère approprié du traitement dans la situation considérée. Dans d'autres pays, elles sont considérées comme des soins répondant à des besoins essentiels de la personne que l'on ne peut arrêter à moins que le patient, en phase terminale de sa fin de vie, en ait exprimé le souhait (paragraphe 61 ci-dessus).

- *La notion d'obstination déraisonnable*

**156.** Aux termes de l'article L. 1110 5 du code, un traitement est constitutif d'une obstination déraisonnable lorsqu'il est inutile, disproportionné ou qu'il n'a « d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie » (voir paragraphe 53 ci-dessus). C' est ce dernier critère qui a été appliqué dans la présente affaire, et que les requérants estiment imprécis.

**157.** Dans ses observations au Conseil d'État en qualité d'amicus curiae, M. Leonetti a précisé que cette formulation, plus stricte que celle initialement envisagée de traitement « qui prolonge artificiellement la vie », était plus restrictive et faisait référence au maintien artificiel de la vie « au sens purement biologique, avec la double caractéristique qu'il s'agit d'un patient présentant des lésions cérébrales majeures et irréversibles et que son état ne présente plus de possibilité de conscience de soi et de vie relationnelle » (paragraphe 44 ci dessus). Dans le même sens, le Conseil national de l'ordre des médecins a souligné l'importance de la notion de temporalité, en retenant qu'en présence d'un état pathologique devenu chronique, entraînant une détérioration physiologique de la personne et une perte de ses facultés cognitives et relationnelles, l'obstination pourrait être considérée comme déraisonnable dès lors qu'aucun signe d'amélioration n'apparaîtrait (*ibidem*).

**158.** Dans sa décision du 24 juin 2014, le Conseil d'État a détaillé les éléments à prendre à compte par le médecin pour apprécier si les conditions de l'obstination déraisonnable étaient réunies, tout en indiquant que chaque situation devait être appréhendée dans sa singularité : les éléments médicaux (dont il a indiqué qu'ils devaient couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégialement et porter notamment sur l'état du patient, sur l'évolution de son état, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique) et les éléments non médicaux, à savoir la volonté du patient, quel qu'en soit le mode d'expression, à laquelle le médecin doit « accorder une importance toute particulière », et l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches.

**159.** La Cour relève que le Conseil d'État a énoncé deux importantes garanties dans cette décision : il a tout d'abord affirmé que « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode d'alimentation et d'hydratation ne saurait caractériser, par elle-

même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable. » Par ailleurs, il a souligné qu'au cas où la volonté du patient ne serait pas connue, elle ne pourrait être présumée consister en un refus d'être maintenu en vie (paragraphe 48 ci-dessus).

**160.** Au terme de cette analyse, la Cour ne peut suivre l'argumentation des requérants. Elle considère que les dispositions de la loi du 22 avril 2005, telle qu'interprétées par le Conseil d'État, constituent un cadre législatif suffisamment clair, aux fins de l'article 2 de la Convention, pour encadrer de façon précise la décision du médecin dans une situation telle que celle de la présente affaire. La Cour conclut dès lors que l'État a mis en place un cadre réglementaire propre à assurer la protection de la vie des patients (voir paragraphe 140 ci-dessus).

### *β) Le processus décisionnel*

**161.** Les requérants contestent le processus décisionnel, dont ils estiment qu'il aurait dû être véritablement collégial ou à tout le moins prévoir une médiation en cas de désaccord.

**162.** La Cour relève tout d'abord que ni l'article 2, ni sa jurisprudence ne peuvent se lire comme imposant des obligations quant à la procédure à suivre pour arriver à un éventuel accord. Elle rappelle que, dans l'affaire *Burke* précitée, elle a estimé conforme à l'article 2 la procédure consistant à rechercher les souhaits du patient et consulter ses proches, ainsi que d'autres membres du personnel médical (paragraphe 143 ci-dessus).

**163.** La Cour observe que, si la procédure en droit français est appelée « collégiale » et qu'elle comporte plusieurs phases de consultation (de l'équipe soignante, d'au moins un autre médecin, de la personne de confiance, de la famille ou des proches), c'est au seul médecin en charge du patient que revient la décision. La volonté du patient doit être prise en compte. La décision elle-même doit être motivée et elle est versée au dossier du patient.

**164.** Dans ses observations en qualité d'*amicus curiae*, M. Jean Leonetti a rappelé que la loi fait porter la responsabilité de la décision d'arrêt de traitement au seul médecin et n'a pas voulu transférer cette responsabilité à la famille, pour éviter tout sentiment de culpabilité et pour que la personne qui a pris la décision soit identifiée.

**165.** Il résulte des éléments de droit comparé dont la Cour dispose que, dans les États qui permettent l'arrêt des traitements et en l'absence de directives anticipées du patient, il existe une grande variété de modalités quant à la façon dont est prise la décision finale d'arrêt des traitements : elle peut l'être par le médecin (c'est le cas le plus fréquent), de façon

conjointe par le médecin et la famille, par la famille ou le représentant légal, ou par les tribunaux (paragraphe 75 ci-dessus).

166. La Cour observe que la procédure collégiale dans la présente affaire a duré de septembre 2013 à janvier 2014 et que, à tous les stades, sa mise en œuvre a été au-delà des conditions posées par la loi : alors que la procédure prévoit la consultation d'un autre médecin et éventuellement d'un second, le Dr Kariger a consulté six médecins, dont l'un désigné par les requérants ; il a réuni la presque totalité de l'équipe soignante et convoqué deux conseils de famille auxquels ont participé l'épouse, les parents et les huit frères et sœurs de Vincent Lambert. À l'issue de ces réunions, l'épouse de Vincent Lambert et six de ses frères et sœurs se sont déclarés favorables à l'arrêt des traitements, ainsi que cinq des six médecins consultés, alors que les requérants s'y sont opposés. Le médecin s'est également entretenu avec François Lambert, le neveu de Vincent Lambert. Sa décision, longue de treize pages (dont une version abrégée de sept pages a été lue à la famille) est très motivée. Le Conseil d'État a conclu, dans sa décision du 24 juin 2014, qu'elle n'avait été entachée d'aucune irrégularité (paragraphe 50 ci-dessus).

**167.** Le Conseil d'État a estimé que le médecin avait satisfait à l'obligation de consulter la famille et qu'il avait pu légalement prendre sa décision en l'absence d'une opinion unanime de cette dernière. La Cour note qu'en son état actuel, le droit français prévoit la consultation de la famille (et non sa participation à la prise de décision), mais n'organise pas de médiation en cas de désaccord entre ses membres. Il ne précise pas non plus l'ordre dans lequel prendre en compte les opinions des membres de la famille, contrairement à ce qui est prévu dans certains autres États.

**168.** La Cour relève l'absence de consensus en la matière (voir paragraphe 165 ci-dessus) et considère que l'organisation du processus décisionnel, y compris la désignation de la personne qui prend la décision finale d'arrêt des traitements et les modalités de la prise de décision, s'inscrivent dans la marge d'appréciation de l'État. Elle constate que la procédure a été menée en l'espèce de façon longue et méticuleuse, en allant au-delà des conditions posées par la loi, et estime que, même si les requérants sont en désaccord avec son aboutissement, cette procédure a respecté les exigences découlant de l'article 2 de la Convention (voir paragraphe 143 ci-dessus).

#### *γ) Les recours juridictionnels*

**169.** La Cour examinera enfin les recours dont ont bénéficié les requérants dans la présente affaire. Elle observe que le Conseil d'État, qui était saisi pour la première fois d'un recours contre une décision d'arrêt des traitements en vertu de la loi du 22 avril 2005, a apporté d'importantes précisions dans ses décisions des 14 février et 24 juin 2014

quant à l'étendue du contrôle exercé par le juge des référés administratifs dans un cas tel que celui de l'espèce.

**170.** Les requérants avaient saisi le tribunal administratif d'une requête en référé liberté sur le fondement de l'article L. 521 2 du code de justice administrative, qui prévoit que le juge « saisi d'une demande en ce sens justifiée par une urgence particulière, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale ». Lorsqu'il est saisi sur ce fondement, le juge administratif des référés statue en principe seul, dans l'urgence, et peut prendre des mesures provisoires sur un critère d'évidence (l'illégalité *manifeste*).

**171.** La Cour relève que, tel que son office a été défini par le Conseil d'État (paragraphe 32 ci-dessus), le juge des référés se trouve investi, non seulement du pouvoir de suspendre la décision du médecin, mais encore de procéder à un contrôle de légalité complet de cette décision (et non pas sur le seul critère de son illégalité manifeste), si nécessaire en formation collégiale, et au besoin après avoir ordonné une expertise médicale et demandé des avis au titre d'*amicus curiae*.

**172.** Le Conseil d'État a également précisé, dans sa décision du 24 juin 2014, qu'en égard à l'office particulier qui était le sien dans un tel cas, le juge devait outre les moyens tirés de la non-conformité de la décision à la loi examiner les moyens tirés de l'incompatibilité des dispositions législatives dont il était fait application avec la Convention.

**173.** La Cour relève que le Conseil d'État a examiné l'affaire dans sa formation plénière (l'assemblée du contentieux, composée de dix-sept membres), ce qui est très inhabituel pour une procédure de référé. Dans sa décision du 14 février 2014, il a indiqué que le bilan effectué au centre hospitalier de Liège remontait à deux ans et demi et a estimé nécessaire de disposer des informations les plus complètes sur l'état de santé de Vincent Lambert. Il a donc ordonné une expertise médicale confiée à trois spécialistes en neurosciences reconnus. Par ailleurs, vu l'ampleur et la difficulté des questions posées par l'affaire, il a demandé à l'Académie nationale de médecine, au Comité consultatif national d'éthique, au Conseil national de l'ordre des médecins et à M. Jean Leonetti de lui fournir en qualité d'*amicus curiae* des observations générales de nature à l'éclairer, notamment sur les notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie.

**174.** La Cour constate que l'expertise a été menée de façon très approfondie : les experts ont examiné Vincent Lambert à neuf reprises, procédé à une série d'examens, pris connaissance de la totalité du dossier médical, consulté également toutes les pièces du dossier contentieux utiles pour l'expertise et rencontré entre le 24 mars et le 23 avril 2014

toutes les parties concernées (famille, équipe médicale et soignante, médecins conseils et représentants de l'UNAFTC et du centre hospitalier).

**175.** Dans sa décision du 24 juin 2014, le Conseil d'État a tout d'abord examiné la compatibilité des dispositions pertinentes du code de la santé publique avec les articles 2, 8, 6 et 7 de la Convention (voir paragraphe 47 ci dessus), puis la conformité de la décision prise par le Dr Kariger avec les dispositions du code (voir paragraphes 47 50 ci-dessus). Son contrôle a porté sur la régularité de la procédure collégiale et sur le respect des conditions de fond posées par la loi, dont il a estimé, en particulier au vu des conclusions du rapport d'expertise, qu'elles étaient réunies. Il a notamment relevé qu'il ressortait des conclusions des experts que l'état clinique de Vincent Lambert correspondait à un état végétatif chronique, qu'il avait subi des lésions graves et étendues, dont la sévérité, ainsi que le délai de cinq ans et demi écoulé depuis l'accident conduisaient à estimer qu'elles étaient irréversibles, avec un « mauvais pronostic clinique ». Le Conseil d'État a estimé que ces conclusions confirmaient celles qu'avait faites le Dr Kariger.

**176.** La Cour observe ensuite que le Conseil d'État, après avoir souligné « l'importance toute particulière » que le médecin doit accorder à la volonté du malade (paragraphe 48 ci-dessus), s'est attaché à établir quels étaient les souhaits de Vincent Lambert. Ce dernier n'ayant ni rédigé de directives anticipées, ni nommé de personne de confiance, le Conseil d'État a tenu compte du témoignage de son épouse, Rachel Lambert. Il a relevé que son mari et elle, tous deux infirmiers ayant notamment l'expérience de personnes en réanimation ou polyhandicapées, avaient souvent évoqué leurs expériences professionnelles et qu'à ces occasions Vincent Lambert avait à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans un état de grande dépendance (voir paragraphe 50 ci dessus). Le Conseil d'État a considéré que ces propos dont la teneur était confirmée par un frère de Vincent Lambert étaient datés et rapportés de façon précise par Rachel Lambert. Il a également tenu compte de ce que plusieurs des autres frères et sœurs avaient indiqué que ces propos correspondaient à la personnalité, à l'histoire et aux opinions de leur frère et a noté que les requérants n'alléguaient pas qu'il aurait tenu des propos contraires. Le Conseil d'État a enfin relevé que la consultation de la famille prévue par la loi avait eu lieu (*ibidem*).

**177.** Les requérants soutiennent, en invoquant l'article 8 de la Convention, que le Conseil d'État n'aurait pas dû tenir compte des observations orales de Vincent Lambert, qu'ils estiment trop générales.

**178.** La Cour rappelle tout d'abord que le patient, même hors d'état d'exprimer sa volonté, est celui dont le consentement doit rester au centre du processus décisionnel, qui en est le sujet et acteur principal. Le « guide sur le processus décisionnel dans des situations de fin de vie » du Conseil

de l'Europe préconise qu'il soit intégré au processus décisionnel par l'intermédiaire des souhaits qu'il a pu précédemment exprimer, dont il prévoit qu'ils peuvent avoir été confiés oralement à un membre de la famille ou à un proche (paragraphe 63 ci-dessus).

**179.** La Cour relève également que, selon les éléments de droit comparé dont elle dispose, dans un certain nombre de pays, en l'absence de directives anticipées ou « testament biologique », la volonté présumée du patient doit être recherchée selon des modalités diverses (déclarations du représentant légal, de la famille, autres éléments témoignant de la personnalité, des convictions du patient, etc.).

**180.** La Cour rappelle enfin que, dans l'arrêt *Pretty* précité (§ 63), elle a affirmé le droit de toute personne à refuser de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie. Dans ces conditions, elle est d'avis que le Conseil d'État a pu estimer que les témoignages qui lui étaient soumis étaient suffisamment précis pour établir quels étaient les souhaits de Vincent Lambert quant à l'arrêt ou au maintien de son traitement.

#### *δ) Considérations finales*

**181.** La Cour est pleinement consciente de l'importance des problèmes soulevés par la présente affaire, qui touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour rappelle que c'est en premier lieu aux autorités internes qu'il appartenait de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit interne et à la Convention, ainsi que d'établir les souhaits du patient conformément à la loi nationale. Le rôle de la Cour a consisté à examiner le respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention.

Selon cette approche, la Cour a considéré conformes aux exigences de cet article le cadre législatif prévu par le droit interne, tel qu'interprété par le Conseil d'État, ainsi que le processus décisionnel, mené en l'espèce d'une façon méticuleuse. Par ailleurs, quant aux recours juridictionnels dont ont bénéficié les requérants, la Cour est arrivée à la conclusion que la présente affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et tous les aspects avaient été mûrement pesés, au vu tant d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques.

En conséquence, la Cour arrive à la conclusion que les autorités internes se sont conformées à leurs obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, compte tenu de la marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce.

*ε) Conclusion*

**182.** Il s'ensuit qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

**183.** Les requérants estiment être potentiellement victimes d'une violation de leur droit au respect de leur vie familiale avec leur fils et frère, au sens de l'article 8 de la Convention.

**184.** La Cour considère que ce grief est absorbé par ceux invoqués par les requérants au titre de l'article 2 de la Convention. Eu égard à son constat relatif à cet article (paragraphe 182 ci-dessus), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de se prononcer séparément sur ce grief.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

**185.** Les requérants se plaignent également de ce que le médecin qui a pris la décision du 11 janvier 2014 n'aurait pas été impartial, dans la mesure où il avait déjà pris la même décision, et considèrent que l'expertise ordonnée par le Conseil d'État n'était pas parfaitement contradictoire.

Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, dont les dispositions pertinentes sont ainsi rédigées :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

**186.** À supposer même que l'article 6 § 1 soit applicable à la procédure qui a donné lieu à la décision du médecin du 11 janvier 2014, la Cour estime que ces griefs, pour autant qu'ils n'ont pas déjà été traités sous l'angle de l'article 2 de la Convention (paragraphe 150 181 ci dessus) sont manifestement mal fondés.

**187.** Il s'ensuit que cet aspect de la requête doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

**1.** *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief tiré par les requérants de l'article 2 en leur propre nom ;

**2.** *Déclare*, par douze voix contre cinq, la requête irrecevable pour le surplus ;



**3.** *Rejette*, à l'unanimité, la demande de Rachel Lambert visant à représenter Vincent Lambert en qualité de tiers intervenant ;

**4.** *Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014 ;

**5.** *Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il n'y a pas lieu de se prononcer séparément sur le grief tiré de l'article 8 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais de droits de l'homme le 5 juin 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik Fribergh      Dean Spielmann  
Greffier      Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Gričco.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES HAJIYEV,  
ŠIKUTA, TSOTSORIA, DE GAETANO ET GRIŢCO

**1.** Nous regrettons de devoir nous dissocier du point de vue de la majorité exprimé aux points 2, 4 et 5 du dispositif de l'arrêt en l'espèce. Après mûre réflexion, nous pensons que, à présent que tout a été dit et écrit dans cet arrêt, à présent que les distinctions juridiques les plus subtiles ont été établies et que les cheveux les plus fins ont été coupés en quatre, ce qui est proposé revient ni plus ni moins à dire qu'une personne lourdement handicapée, *qui est dans l'incapacité de communiquer ses souhaits quant à son état actuel*, peut, sur la base de plusieurs affirmations contestables, être privée de deux composants essentiels au maintien de la vie, à savoir la nourriture et l'eau, et que de plus la Convention est inopérante face à cette réalité. Nous estimons non seulement que cette conclusion est effrayante mais de plus – et nous regrettons d'avoir à le dire – qu'elle équivaut à un pas en arrière dans le degré de protection que la Convention et la Cour ont jusqu'ici offerte aux personnes vulnérables.

**2.** Pour parvenir à la conclusion au paragraphe 112 de l'arrêt, la majorité commence par passer en revue les affaires dans lesquelles les organes de la Convention ont admis qu'un tiers puisse, dans des circonstances exceptionnelles, agir au nom et pour le compte d'une personne vulnérable, même si celle-ci n'avait pas expressément émis le souhait d'introduire une requête. La majorité déduit de cette jurisprudence qu'il existe deux critères principaux à appliquer à de telles affaires : le risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective et l'absence de conflit d'intérêts entre la victime et le requérant (paragraphe 102 de l'arrêt). Tout en souscrivant à ces deux critères en tant que tels, nous sommes en complet désaccord avec la façon dont la majorité les applique dans les circonstances particulières de l'espèce.

En ce qui concerne le premier critère, il est vrai que les requérants peuvent invoquer l'article 2 pour leur propre compte, ce qu'ils ont fait. Toutefois, dès lors que la Cour a reconnu qualité à une organisation non-gouvernementale pour représenter une personne décédée (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], no 47848/08, CEDH 2014), nous ne voyons aucune raison valable de ne pas suivre la même approche en ce qui concerne les requérants en l'espèce. En effet, en tant que parents proches de Vincent Lambert, ils ont même *a fortiori* une justification encore plus forte pour agir au nom de celui-ci devant la Cour.

Quant au second critère, la majorité, considérant que les décisions internes litigieuses se fondaient sur la certitude que Vincent Lambert n'aurait pas souhaité être maintenu en vie dans l'état dans lequel il se trouve à présent, juge qu'il n'est pas « établi qu'il y ait convergence d'intérêts entre ce qu'expriment les requérants et ce qu'aurait souhaité

Vincent Lambert » (paragraphe 104 de l'arrêt). Or cette affirmation serait exacte seulement si – et dans la mesure où – les requérants alléguaient une violation du droit de Vincent Lambert à l'autonomie personnelle en vertu de l'article 8 de la Convention, qui, selon la jurisprudence de la Cour, comprend le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin (*Haas c. Suisse*, no 31322/07, § 51, CEDH 2011). Toutefois, si les requérants invoquent bien l'article 8, ils le font dans un contexte complètement différent : c'est l'intégrité physique de Vincent Lambert, et non son autonomie personnelle, qu'ils cherchent à défendre devant la Cour. Les principaux griefs qu'ils soulèvent pour le compte de Vincent Lambert sont fondés sur les articles 2 et 3 de la Convention. Au contraire de l'article 8, qui protège un éventail extrêmement large d'actions humaines fondées sur des choix personnels et allant dans diverses directions, les articles 2 et 3 de la Convention sont clairement unidirectionnels, en ce qu'ils n'impliquent aucun aspect négatif. L'article 2 protège le droit à la vie mais non le droit de mourir (*Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, §§ 39-40, CEDH 2002 III). De même, l'article 3 garantit un droit positif de ne pas être soumis à de mauvais traitements, mais aucun « droit » quelconque à renoncer à ce droit et à être, par exemple, battu, torturé ou affamé jusqu'à la mort. Pour dire les choses simplement, les articles 2 et 3 sont des « voies à sens unique ». Le droit de ne pas être affamé jusqu'à la mort étant le seul droit que Vincent Lambert lui-même aurait pu valablement revendiquer sous l'angle des articles 2 et 3, nous ne voyons pas en quoi il est logiquement possible de conclure à l'absence de « convergence d'intérêts » entre lui et les requérants en l'espèce, ou même d'avoir le moindre doute à cet égard.

Dans ces conditions, nous sommes convaincus que les requérants avaient bien qualité pour agir au nom et pour le compte de Vincent Lambert, et que leurs différents griefs auraient dû être déclarés compatibles *ratione personae* avec les dispositions de la Convention.

**3.** Nous voudrions préciser d'emblée que, s'il s'était agi d'une affaire où la personne en question (Vincent Lambert en l'espèce) avait expressément émis le souhait qu'il lui soit permis de ne pas continuer de vivre en raison de son lourd handicap physique et de la souffrance associée, ou qui, au vu de la situation, aurait clairement refusé toute nourriture et boisson, nous n'aurions eu aucune objection à l'arrêt ou la non-mise en place de l'alimentation et de l'hydratation dès lors que la législation interne le prévoyait (et sous réserve, dans tous les cas, du droit des membres du corps médical de refuser de participer à cette procédure pour des motifs d'objection de conscience). On peut ne pas être d'accord avec une telle loi, mais en pareil cas deux droits protégés par la Convention se trouvent pour ainsi dire opposés l'un à l'autre : d'une part le droit à la vie (avec l'obligation correspondante pour l'État de protéger la vie) – article 2 – et, d'autre part, le droit à l'autonomie personnelle, protégé par l'article 8. Face à un tel conflit, on peut être d'accord pour faire prévaloir le respect de « la dignité et de la liberté de l'homme » (souligné dans l'affaire *Pretty*

c. *Royaume-Uni*, précitée, § 65). Mais telle n'est pas la situation de Vincent Lambert.

4. Selon les éléments disponibles, Vincent Lambert se trouve dans un état végétatif chronique, en état de conscience minimale, voire inexistante. Toutefois, il n'est pas en état de mort cérébrale – il y a un dysfonctionnement à un niveau du cerveau mais pas à tous les niveaux. En fait, il peut respirer seul (sans l'aide d'un respirateur artificiel) et peut digérer la nourriture (la voie gastro-intestinale est intacte et fonctionne), mais il a des difficultés pour déglutir, c'est-à-dire pour faire progresser des aliments solides dans l'œsophage. Plus important, rien ne prouve, de manière concluante ou autre, qu'il ressente de la douleur (à distinguer de l'inconfort évident découlant du fait d'être en permanence alité ou dans un fauteuil roulant). Nous sommes particulièrement frappés par une considération développée par les requérants devant la Cour dans leurs observations du 16 octobre 2014 sur la recevabilité et le fond (paragraphe 51-52). Cette considération, qui n'est pas réellement contestée par le Gouvernement, est la suivante :

« La Cour doit savoir que [Vincent Lambert], comme toutes les personnes en état de conscience gravement altérée, est néanmoins susceptible d'être levé, habillé, placé dans un fauteuil, sorti de sa chambre. De nombreuses personnes dans un état similaire à celui de Monsieur Lambert, sont habituellement résidentes dans un établissement de soins spécialisé, et peuvent passer le week-end ou quelques vacances en famille (...). Et, précisément, leur alimentation entérale permet cette forme d'autonomie.

Le docteur Kariger avait d'ailleurs donné son accord en septembre 2012 pour que ses parents puissent emmener Monsieur Vincent Lambert en vacances dans le sud de la France. C'était six mois avant sa première décision de lui supprimer son alimentation... et alors que son état de santé n'avait pas changé ! »

Il ressort des éléments soumis à la Cour que l'alimentation par voie entérale occasionne une atteinte minimale à l'intégrité physique, ne cause aucune douleur au patient et, avec un peu d'entraînement, pareille alimentation peut être administrée par la famille ou les proches de M. Lambert (et les requérants se sont proposés pour le faire), même si la préparation alimentaire doit être élaborée dans une clinique ou dans un hôpital. En ce sens, l'alimentation et l'hydratation par voie entérale (indépendamment, pour le moment, du fait de savoir s'il convient de les désigner sous le terme « traitement » ou « soins », ou simplement « alimentation ») sont entièrement *proportionnées* à la situation dans laquelle Vincent Lambert se trouve. Dans ce contexte, nous ne comprenons pas, même après avoir entendu les plaidoiries dans cette affaire, pourquoi le transfert de Vincent Lambert dans une clinique spécialisée (la maison de santé Bethel<sup>1</sup>) où l'on pourrait s'occuper de lui (et donc soulager l'hôpital universitaire de Reims de ce devoir) a été bloqué par les autorités.

---

<sup>1</sup> Voir les observations du tiers intervenant, l'association Amréso-Bethel.

En d'autres termes, Vincent Lambert est *vivant* et l'on s'occupe de lui. Il est également nourri – et l'eau et la nourriture représentent deux éléments basiques essentiels au maintien de la vie et intimement liés à la dignité humaine. Ce lien intime a été affirmé à maintes reprises dans de nombreux documents internationaux<sup>2</sup>. Nous posons donc la question : qu'est-ce qui peut justifier qu'un État autorise un médecin (le docteur Kariger ou, depuis que celui-ci a démissionné et a quitté l'hôpital universitaire de Reims<sup>3</sup>, un autre médecin), en l'occurrence non pas à « débrancher » Vincent Lambert (celui-ci n'est pas branché à une machine qui le maintiendrait artificiellement en vie) *mais plutôt à cesser ou à s'abstenir de le nourrir et de l'hydrater, de manière à, en fait, l'affamer jusqu'à la mort* ? Quelle est la raison impérieuse, dans les circonstances de l'espèce, qui empêche l'État d'intervenir pour *protéger la vie* ? Des considérations financières ? Aucune n'a été avancée en l'espèce. La douleur ressentie par Vincent Lambert ? Rien ne prouve qu'il souffre. Ou est-ce parce qu'il n'a plus d'utilité ou d'importance pour la société, et qu'en réalité il n'est plus une personne mais seulement une « vie biologique » ?

**5.** Ainsi que nous l'avons déjà souligné, il n'y a pas d'indications claires ou certaines concernant ce que Vincent Lambert souhaite (ou même souhaitait) réellement quant à la poursuite de l'alimentation et de l'hydratation dans la situation où il se trouve à présent. Certes, il était infirmier avant l'accident qui l'a réduit à son état actuel, mais il n'a jamais formulé aucune « directive anticipée » ni nommé une « personne de confiance » aux fins des diverses dispositions du code de la santé publique. Le Conseil d'État, dans sa décision du 24 juin 2014, a fait grand cas des conversations évidemment informelles que Vincent Lambert a eues avec son épouse (et, apparemment en une occasion, également avec son frère Joseph Lambert) et est parvenu à la conclusion que le docteur Kariger « ne peut être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident »<sup>4</sup>. Or, pour des questions d'une telle gravité, il ne faut rien moins qu'une certitude absolue. Une « interprétation » *a posteriori* de ce que les personnes concernées peuvent avoir dit ou ne pas avoir dit des années auparavant (alors qu'elles étaient en parfaite santé) dans le cadre de conversations informelles expose clairement le système à de graves abus. Même si, aux fins du débat, on part du principe que Vincent Lambert avait bien exprimé son refus d'être maintenu dans un état de grande dépendance, pareille déclaration ne peut, à notre avis, offrir un degré suffisant de certitude concernant son souhait d'être privé de nourriture et d'eau. Comme les requérants le relèvent aux paragraphes 153- 154 de

<sup>2</sup> Il suffit ici de renvoyer à l'Observation générale n° 12 et à l'Observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, adoptées respectivement à ses vingtième et vingt-neuvième sessions.

<sup>3</sup> Voir les observations des requérants, § 164.

<sup>4</sup> Voir le septième paragraphe de cette décision, reproduit au paragraphe 50 de l'arrêt.

leurs observations – ce qui, encore une fois, n’a pas été nié ou contredit par le Gouvernement :

« Si réellement M. Vincent Lambert avait eu la volonté ferme de ne plus vivre, si réellement il avait « lâché » psychologiquement, si réellement il avait eu le désir profond de mourir, M. Vincent Lambert serait déjà, à l’heure actuelle, mort. Il n’aurait en effet pas tenu 31 jours sans alimentation (entre le premier arrêt de son alimentation, le 10 avril 2013, et la première ordonnance rendue par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, le 11 mai 2013 ordonnant la remise en place de son alimentation) s’il n’avait pas trouvé en lui une force intérieure l’appelant à se battre pour rester en vie. Nul ne sait quelle est cette force de vie. Peut-être est-ce, inconsciemment, sa paternité et le désir de connaître sa fille ? Peut-être est-ce autre chose. Mais il est incontestable que, par ses actes, Monsieur Vincent Lambert a manifesté une force de vie qu’il ne serait pas acceptable d’occulter.

À l’inverse, tous les soignants de patients en état de conscience altérée le disent : une personne dans son état qui se laisse aller meurt en dix jours. Ici, sans manger, et avec une hydratation réduite à 500 ml par jour, il a survécu 31 jours. »

Toutefois, l’accent qui est mis sur la volonté ou les intentions présumées de Vincent Lambert détourne le débat d’une autre question importante, à savoir le fait qu’en vertu de la loi française applicable en l’espèce, c’est-à-dire au cas d’un patient inconscient et n’ayant pas rédigé de directives anticipées, la volonté de celui-ci et les points de vue ou souhaits de sa famille ne font que *compléter* l’analyse de ce que le médecin en charge perçoit comme une réalité médicale. En d’autres termes, les souhaits du patient ne sont en pareil cas *absolument pas déterminants pour l’issue finale*. Les trois critères prévus à l’article L. 1110-5 du code de la santé publique – c’est-à-dire les cas où les actes médicaux apparaissent inutiles, disproportionnés ou ayant pour seul effet le maintien artificiel de la vie – sont les seuls critères pertinents. Ainsi que l’a souligné le Conseil d’État, il faut prendre en compte les souhaits que le patient a pu exprimer et accorder une importance toute particulière à sa volonté (paragraphe 47 et 48 de l’arrêt) mais cette volonté n’est jamais déterminante. En d’autres termes, une fois que le médecin en charge a, comme en l’espèce, décidé que le troisième critère s’appliquait, les dés sont jetés et la procédure collective se résume pour l’essentiel à une simple formalité.

**6.** En aucun cas on ne peut dire que Vincent Lambert se trouve dans une situation « de fin de vie ». De manière regrettable, il se retrouvera bientôt dans cette situation lorsqu’on cessera ou qu’on s’abstiendra de le nourrir et de l’hydrater. Des personnes se trouvant dans une situation encore pire que celle de Vincent Lambert *ne sont pas en stade terminal* (sous réserve qu’ils ne souffrent pas en même temps d’une autre pathologie). Leur alimentation – qu’elle soit considérée comme un traitement ou comme des soins – a pour but de les maintenir en vie et, dès lors, demeure un moyen *ordinaire* de maintien de la vie qui doit en principe être poursuivi.

**7.** Les questions relatives à l'alimentation et à l'hydratation sont souvent qualifiées par le terme « artificiel », ce qui entraîne une confusion inutile, comme cela a été le cas en l'espèce. Toute forme d'alimentation – qu'il s'agisse de placer un biberon dans la bouche d'un bébé ou d'utiliser des couverts dans un réfectoire pour amener de la nourriture à sa bouche – est dans une certaine mesure artificielle, puisque l'ingestion de la nourriture passe par un intermédiaire. Mais dans le cas d'un patient se trouvant dans l'état de Vincent Lambert, la véritable question à se poser (dans le contexte des notions de proportionnalité et de caractère raisonnable qui découlent de la notion d'obligation positive de l'État au regard de l'article 2) est celle-ci : l'hydratation et l'alimentation produisent-elles un bénéfice pour le patient sans lui causer une douleur ou une souffrance induite ou une dépense excessive de ressources ? Dans l'affirmative, il y a une obligation positive de préserver la vie. Si la charge excède les bénéfices, alors l'obligation de l'État peut, dans des cas appropriés, cesser. Dans ce contexte, nous ajouterons en outre que la marge d'appréciation d'un État, évoquée au paragraphe 148 de l'arrêt, n'est pas illimitée et que, aussi large qu'elle puisse être, elle doit toujours être considérée à la lumière des valeurs qui sous-tendent la Convention, dont la principale est la valeur de la vie. La Cour a souvent déclaré que la Convention doit être lue comme un tout (un principe rappelé au paragraphe 142 de l'arrêt) et interprétée (et nous ajouterons appliquée) de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions et valeurs (voir, quoique dans des contextes différents, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005 X ; et *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 54, CEDH 2012). Pour évaluer cette marge d'appréciation dans les circonstances de l'espèce et la méthode choisie par les autorités françaises pour « mettre en balance » les intérêts concurrents en présence, la Cour aurait donc dû donner plus d'importance à la valeur de la vie. Il convient également de rappeler que nous ne sommes pas ici dans une situation où l'on peut légitimement dire qu'il peut y avoir certains doutes quant à l'existence d'une vie ou d'une « vie humaine » (comme dans les affaires traitant des questions de fertilité et impliquant des embryons humains c'est-à-dire touchant à la question de savoir « quand commence la vie humaine »). De même, il n'y a aucun doute en l'espèce que Vincent Lambert est vivant. À notre sens, toute personne se trouvant dans l'état de Vincent Lambert a une dignité humaine fondamentale et doit donc, conformément aux principes découlant de l'article 2, recevoir des soins ou un traitement ordinaires et proportionnés, ce qui inclut l'apport d'eau et de nourriture.

**8.** À l'instar des requérants, nous estimons que la loi en question manque de clarté : sur ce qui constitue un traitement ordinaire et un traitement extraordinaire, sur ce qui constitue une obstination déraisonnable et, plus important, sur ce qui prolonge (ou maintient) la vie *artificiellement*. Certes, il appartient au premier chef aux juridictions internes d'interpréter et d'appliquer la loi, mais pour nous, il ressort clairement de la décision

rendue le 24 juin 2014 par le Conseil d'État que celui-ci a adopté inconditionnellement l'interprétation donnée par M. Leonetti et en outre a traité de manière superficielle la question de la compatibilité du droit interne avec les articles 2 et 8 de la Convention (paragraphe 47 de l'arrêt), attachant de l'importance seulement au fait que « la procédure avait été respectée ». Certes, la Cour ne doit pas agir en tant que juridiction de quatrième instance et doit respecter le principe de subsidiarité, mais pas jusqu'à s'abstenir d'affirmer la valeur de la vie et la dignité inhérente même aux personnes qui sont dans un état végétatif, lourdement paralysées et dans l'incapacité de communiquer leurs souhaits à autrui.

**9.** Nous sommes d'accord sur le fait que, conceptuellement, une distinction légitime doit être établie entre l'euthanasie et le suicide assisté d'une part, et l'abstention thérapeutique d'autre part. Toutefois, eu égard à la manière dont le droit interne a été interprété et appliqué aux faits de l'espèce soumis à l'examen de la Cour, nous sommes en complet désaccord avec ce qui est dit au paragraphe 141 de l'arrêt. Cette affaire est une affaire d'euthanasie qui ne veut pas dire son nom. En principe, il n'est pas judicieux d'utiliser des adjectifs ou des adverbes forts dans des documents judiciaires, mais en l'espèce il est certainement extrêmement contradictoire pour le gouvernement défendeur de souligner que le droit français interdit l'euthanasie et que donc l'euthanasie n'entre pas en ligne de compte dans cette affaire. Nous ne pouvons être d'un autre avis dès lors que, manifestement, les critères de la loi Leonetti, tels qu'interprétés par la plus haute juridiction administrative, dans les cas où ils sont appliqués à une personne inconsciente et soumise à un « traitement » qui n'est pas réellement thérapeutique mais simplement une question de soins, ont en réalité pour résultat de précipiter un décès *qui ne serait pas survenu autrement dans un avenir prévisible*.

**10.** Le rapporteur public devant le Conseil d'État (paragraphe 31 et 122 de l'arrêt) aurait déclaré (citant les propos tenus par le ministre de la santé aux sénateurs qui examinaient le projet de loi Leonetti) que « [s]i le geste d'arrêter un traitement (...) entraîne la mort, l'intention du geste [n'est pas de tuer : elle est] de restituer à la mort son caractère naturel et de soulager. C'est particulièrement important pour les soignants, dont le rôle n'est pas de donner la mort ». Tant le Conseil d'État que la Cour ont accordé beaucoup d'importance à cette déclaration. Nous ne sommes pas de cet avis. Indépendamment du fait que, ainsi que nous l'avons déjà dit, rien ne prouve en l'espèce que M. Lambert ressente une quelconque souffrance, cette déclaration ne serait exacte que si une distinction était convenablement établie entre des soins (ou un traitement) ordinaires et des soins (ou un traitement) extraordinaires. Le fait d'alimenter une personne, même par voie entérale, est un acte de soins et si l'on cesse ou l'on s'abstient de lui fournir de l'eau et de la nourriture, la mort s'ensuit inévitablement (alors qu'elle ne s'ensuivrait pas autrement dans un futur prévisible). On peut ne pas avoir la volonté de donner la mort à la



personne en question mais, en ayant la volonté d'accomplir l'action ou l'omission dont on sait que selon toutes probabilités elle conduira à cette mort, on a bien l'intention de tuer cette personne. Il s'agit bien là, après tout, de la notion d'intention positive *indirecte*, à savoir l'un des deux aspects de la notion de dol en droit pénal.

**11.** En 2010, pour célébrer son cinquantième anniversaire, la Cour a accepté le titre de *Conscience de l'Europe* en publiant un ouvrage ainsi intitulé. À supposer, aux fins du débat, qu'une institution, par opposition aux personnes composant cette institution, puisse avoir une conscience, pareille conscience doit non seulement être bien informée mais doit également se fonder sur de hautes valeurs morales ou éthiques. Ces valeurs devraient toujours être le phare qui nous guide, quelle que soit « l'ivraie juridique » pouvant être produite au cours du processus d'analyse d'une affaire. Il ne suffit pas de reconnaître, comme la Cour le fait au paragraphe 181 de l'arrêt, qu'une affaire « touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité » ; il est de l'essence même d'une conscience, fondée sur la *recta ratio*, de permettre que les questions éthiques façonnent et guident le raisonnement juridique jusqu'à sa conclusion finale. C'est précisément cela, avoir une conscience. Nous regrettons que la Cour, avec cet arrêt, ait perdu le droit de porter le titre  
ci-dessus.



Les juges et la continuité d'un système politique



Conseil constitutionnel de France  
Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et  
dépendances  
Décision 85-187 DC  
25 janvier 1985



Le Conseil constitutionnel a été saisi ce 25 janvier 1985, d'une part, par MM Jacques Chirac, Claude Labbé, Bernard Pons, Marc Lauriol, Pierre Messmer, Gabriel Kaspereit, Mme Nicole de Hauteclocque, MM Roger Corrèze, Jacques Toubon, Christian Bergelin, Jean-Paul Charié, Bruno Bourg-Broc, Mme Hélène Missoffe, MM Jean-Louis Goasduff, Claude-Gérard Marcus, Maurice Couve de Murville, Alain Peyrefitte, Robert-André Vivien, Pierre-Charles Krieg, Pierre Bachelet, Robert Wagner, Jean de Préaumont, Michel Debré, Etienne Pinte, Daniel Goulet, Tutaha Salmon, Robert Galley, Roland Nungesser, Edouard Frédéric-Dupont, Jean Tiberi, Pierre Raynal, Régis Perbet, Michel Barnier, Jean-Paul de Rocca Serra, Emmanuel Aubert, Michel Cointat, René La Combe, Charles Paccou, Roland Vuillaume, Philippe Séguin, Didier Julia, Jean Foyer, Michel Noir, Jacques Chaban-Delmas, Camille Petit, Hyacinthe Santoni, Pierre Bas, Henri de Gastines, Georges Tranchant, Yves Lancien, Georges Gorse, Pierre-Bernard Cousté, René André, Gérard Chasseguet, Michel Péricard, Jean Falala, Jean Narquin, Jacques Baumel, Pierre de Benouville, Jean Hamelin, Jean Valleix, Germain Sprauer, Michel Inchauspé, Antoine Gissinger, Pierre Weisenhorn, Serge Charles, Bernard Rocher, députés. Et d'autre part, par MM Michel Alloncle, Jean Amelin, Hubert d'Andigné, Marc Bécam, Henri Belcour, Paul Bénard, Amédée Bouquerel, Yvon Bourges, Raymond Bourguine, Jacques Braconnier, Raymond Brun, Michel Caldaguès, Pierre Carous, Auguste Cazalet, Jean Chamant, Jacques Chaumont, Michel Chauty, Jean Chérioux, François O Collet, Henri Collette, Charles de Cuttoli, Luc Dejoie, Jacques Delong, Charles Descours, Franz Duboscq, Marcel Fortier, Philippe François, Michel Giraud, Christian Masson, Adrien Gouteyron, Bernard-Charles Hugo, Roger Husson, Paul Kauss, Christian de La Malène, Jean-François Le Grand, Maurice Lombard, Paul Malassagne, Paul Masson, Michel Maurice-Bokanowski, Geoffroy de Montalembert, Arthur Moulin, Jean Natali, Lucien Neuwirth, Paul d'Ornano, Sosefo Makapé Papilio, Charles Pasqua, Christian Poncelet, Henri Portier, Alain Pluchet, Claude Prouvoyeur, Josselin de Rohan, Roger Romani, Michel Rufin, Maurice Schumann, Louis Souvet, Dick Ukeiwé, Jacques Valade, Edmond Valcin, André-Georges Voisin, Jacques Habert, Dominique Pado, Etienne Dailly, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

**1.** Considérant que les députés et les sénateurs auteurs des saisines par lesquelles la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et

dépendances est déférée au Conseil constitutionnel font valoir à l'encontre des dispositions de cette loi des griefs, tantôt communs à l'une et l'autre saisines, tantôt propres à l'une d'elles ;

Sur l'incompétence du législateur pour établir l'état d'urgence en l'absence d'une disposition expresse de la Constitution :

**2.** Considérant que les auteurs des saisines soutiennent que le législateur ne peut porter d'atteintes, même exceptionnelles et temporaires, aux libertés constitutionnelles que dans les cas prévus par la Constitution ; que l'état d'urgence qui, à la différence de l'état de siège, n'est pas prévu par la Constitution ne saurait donc être instauré par une loi ;

**3.** Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ;

**4.** Considérant que, si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ; qu'ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire ;

#### **Sur le moyen tiré de l'absence de consultation de l'assemblée territoriale :**

**5.** Considérant que les auteurs des saisines soutiennent que les dispositions relatives à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie auraient dû, en vertu de l'article 74 de la Constitution, être soumises à la consultation de l'assemblée territoriale ;

**6.** Considérant qu'aux termes de l'article 74 de la Constitution : « Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. Cette organisation est définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée. » ;

**7.** Considérant que la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances a pour objet, en application de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984, de conférer au haut-commissaire de la République de ce territoire, jusqu'au 30 juin 1985, les pouvoirs prévus par la loi du 3 avril 1955 modifiée ; qu'ainsi, la loi déférée au Conseil constitutionnel n'est qu'une mesure d'application des deux lois de 1955 et 1984 et, de par



cette nature, n'avait pas à être soumise à la consultation de l'assemblée territoriale ;

**Sur les autres moyens :**

**8.** Considérant que les auteurs des saisines estiment que les règles de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances définissent de façon imprécise les pouvoirs du haut-commissaire qu'elles n'offrent pas de garanties suffisantes, notamment juridictionnelles, au regard des limitations ou atteintes portées aux libertés, et que certaines de ces règles ont été fixées par un décret alors que la loi seule eût été compétente ; qu'elles méconnaissent ainsi les dispositions des articles 34, 66 et 74 de la Constitution ;

**9.** Considérant que ces moyens portent sur les règles mêmes de l'état d'urgence telles qu'elles résultent de la loi du 3 avril 1955 modifiée et de l'article 119 de la loi du 6 septembre 1984 ;

**10.** Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs de saisines ne peuvent être accueillis ;

**Sur l'ensemble de la loi :**

**11.** Considérant, en l'espèce, qu'il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution en ce qui concerne la loi soumise à son examen,

Décide :

Article premier :

La loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances est déclarée conforme à la Constitution.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.



Tribunal de Grande Instance de Paris  
Forum des associations armeniennes de France contre Bernard  
Lewis  
Affaire RG 4 767/94 ASS/14.02.94  
21 juin 1995



RP 1 860

RG 4 767/94 ASS/14.02.94

DOMMAGES & INTERETS

N° 12

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS

1° CHAMBRE - 1° SECTION

JUGEMENT RENDU LE 21 JUIN 1995

DEMANDERESSE : - L'UNION D'ASSOCIATIONS dite "FORUM DES ASSOCIATIONS ARMÉNIENNES DE FRANCE", dont le siège est à PARIS 19ème, 15, avenue Mathurin Moreau prise en la personne de son président en exercice Zabelle CHEGHIKIAN,

représentée par :

Me Patrick G. QUENTIN, avocat - PN 75 (Nanterre) assisté par : Me Patrick DEVEDJIAN, avocat plaçant - C 415. Me Daniel JACOBY - avocat plaçant - P.306, INTERVENANTE : - LA LIGUE INTERNATIONALE CONTRE LE RACISME ET L'ANTISEMITISME, dont le siège est à PARIS 10ème, 40, rue de Paradis, prise en la personne de son président, Pierre AIDENBAUM,

représentée par :

Me Véronique LEVY-RIVELINE, avocat - E 93, assistée par : Me Philippe BATAILLE, avocat plaçant (Versailles)

DEFENDEUR : - Bernard LEWIS, nationalité : américaine demeurant à PRINCETON - New Jersey (États-Unis d'Amérique) 167 Hartley Avenue,

représenté par :

Me Thierry LEVY, avocat - C 179.

\*

MINISTÈRE PUBLIC

Madame TERRIER-MAREUIL, Premier Substitut.

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Magistrats ayant délibéré

Madame COCHARD, Président,

Monsieur LACABARATS, Vice-Président,

Madame FEYEDAU, Vice-Président.

GREFFIER

Madame BAYARD.

DEBATS à l'audience du 17 mai 1995, tenue publiquement,

JUGEMENT prononcé en audience publique, contradictoire, susceptible d'appel.

AUDIENCE DU 21 JUIN 1995

10 CHAMBRE 10 SECTION No 12

Interrogé par deux journalistes du *Monde* sur la question de savoir « *Pourquoi les Turcs refusent-ils toujours de "reconnaître le génocide arménien ?* », l'historien Bernard LEWIS, dans un entretien publié par le quotidien le 16 novembre 1993, s'est exprimé en ces termes :

« Vous voulez dire reconnaître la version arménienne de cette histoire ? Il y avait un problème arménien pour les Turcs, à cause de l'avance des Russes et d'une population anti-ottomane en Turquie qui cherchait l'indépendance et qui sympathisait ouvertement avec les Russes venus du Caucase. Il y avait aussi des bandes arméniennes - les Arméniens se vantent des exploits héroïques de la résistance - et les Turcs avaient certainement des problèmes de maintien de l'ordre en l'état de guerre. Pour les Turcs, il s'agissait de prendre des mesures punitives et préventives contre une population peu sûre dans une région menacée par une invasion étrangère. Pour les Arméniens, il s'agissait de libérer leur pays. Mais les deux camps s'accordent à reconnaître que la répression fut limitée géographiquement. Par exemple, elle n'affecta guère les Arméniens vivant ailleurs dans l'Empire ottoman.

Nul doute que des choses terribles ont eu lieu que de nombreux Arméniens - et aussi des Turcs - ont péri. Mais on ne connaîtra sans doute jamais les circonstances précises et les bilans des victimes. Songez à la difficulté que l'on a de rétablir les faits et les responsabilités à propos de la guerre du Liban qui s'est pourtant déroulée il y a peu de temps et sous les yeux du monde pendant leur déportation vers la Syrie, des centaines de milliers d'Arméniens sont morts de faim, de froid... mais si l'on parle de génocide, cela implique qu'il y ait eu politique délibérée, une décision d'anéantir systématiquement la nation arménienne. Cela est fort douteux. Des documents Turcs prouvent une volonté de déportation, pas d'extermination. »

À la question : « *Les Turcs reconnaissent-ils même ce que vous dites ?* », Bernard LEWIS a répondu :

« Cela dépend de quels Turcs. Les autorités officielles ne reconnaissent rien. Certains historiens turcs vous donneraient des réponses plus nuancées. »

Ces propos ayant suscité de vives réactions de la part de nombreuses personnalités, dans un article intitulé : "*Arméniens, cela s'appelle un génocide*" paru dans *Le Monde* du 27 novembre 1993, ce même quotidien

a publié le 1er janvier 1994, sous le titre « *Les Explications de Bernard LEWIS* », le texte suivant :

« Je voudrais expliquer mes vues sur les déportations d'Arménie de 1915, de manière plus claire et plus précise qu'il n'était possible dans un entretien nécessairement sélectif. Nombre de faits sont toujours très difficiles à établir avec certitude. Ma référence au Liban ne visait pas à établir la difficulté qu'il y a à déterminer et à évaluer le cours des événements dans une situation complexe et confuse. La comparaison avec l'Holocauste est cependant biaisée sur plusieurs aspects importants.

1) Il n'y a eu aucune campagne de haine visant directement les Arméniens, aucune démonisation comparable à l'antisémitisme en Europe.

2) La déportation des Arméniens, quoique de grande ampleur, ne fut pas totale, et en particulier elle ne s'appliqua pas aux deux grandes villes d'Istanbul et d'Izmir.

3) Les actions turques contre les Arméniens, quoique disproportionnées, n'étaient pas nées de rien. La peur d'une avancée russe dans les provinces orientales ottomanes, le fait de savoir que de nombreux Arméniens voyaient les Russes comme leurs libérateurs contre le régime Turc et la prise de conscience des activités révolutionnaires arméniennes contre l'État ottoman : tout cela contribua à créer une atmosphère d'inquiétude et de suspicion aggravée par la situation de plus en plus désespérée de l'Empire et par les névroses - ô combien habituelles - du temps de guerre. En 1914, les Russes mirent sur pied quatre grandes unités de volontaires arméniens ottomans, dont certains étaient des personnages publics très connus.

4) La déportation, pour des raisons criminelles, stratégiques ou autres, avait été pratiquée pendant des siècles dans l'Empire ottoman. Les déportations ottomanes ne visaient pas directement et exclusivement les Arméniens. Exemple : sous la menace de l'avancée Russe et de l'occupation imminente de cette ville, le Gouverneur ottoman de Van évacua à la hâte la population musulmane et l'envoya sur les routes sans transports ni nourritures, plutôt que de la laisser tomber sous la domination russe. Très peu de ces musulmans survécurent à cette déportation amicale.

5) Il n'est pas douteux que les souffrances endurées par les Arméniens furent une horrible tragédie humaine qui marque encore la mémoire de ce peuple comme celle des Juifs l'a été par l'holocauste. Grand nombre périrent de famine, de maladie, d'abandon et aussi de froid, car la souffrance des déportés se prolonge pendant l'hiver. Sans aucun doute, il y eut aussi de terribles atrocités, quoique pas d'un seul côté, comme l'ont montré les rapports des missionnaires américains avant la déportation, concernant notamment le sort des villageois musulmans dans la région de Van tombés aux mains des unités de volontaires arméniens.

Mais ces événements doivent être vus dans le contexte d'un combat, certes inégal, mais pour des enjeux réels et d'une inquiétude turque authentique - sans doute grandement exagérée mais pas totalement infondée à l'égard d'une population arménienne démunie, prête à aider les envahisseurs russes. Le gouvernement des jeunes Turcs à Istanbul, décida de résoudre cette question par la vieille méthode - souvent employée - de la déportation.

Les déportés durent subir des souffrances effrayantes, aggravées par les conditions difficiles de la guerre en Anatolie, par la médiocre qualité - en l'absence pratiquement de la totalité des hommes valides mobilisés dans l'armée - de leurs escortes et par les méfaits des bandits et de bien d'autres qui profitèrent de

l'occasion. Mais il n'existe aucune preuve sérieuse d'une décision et d'un plan du gouvernement ottoman visant à exterminer la nation arménienne. »

Estimant que par de tels propos, Bernard LEWIS a contesté l'existence du génocide arménien ou, à tout le moins, banalisé les persécutions et souffrances infligées aux déportés arméniens, et que ce faisant, il a commis une faute ouvrant droit à réparation, en raison de l'atteinte très grave qu'il a portée au souvenir et au respect des survivants et de leurs familles, l'Union d'associations dite "Forum des Associations Arméniennes de France", l'a fait assigner, suivant acte du 14 février 1994 aux fins de le voir condamner, sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil, à payer à chacune des associations requérantes, la somme de 100 000 francs à titre de dommages-intérêts, et celle de 10 000 francs en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La demanderesse sollicite en outre la publication de la décision à intervenir dans cinq quotidiens et cinq hebdomadaires nationaux, ainsi que l'exécution provisoire.

La Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA) est intervenue par conclusions du 10 août 1994, pour demander paiement du franc symbolique et s'associer à la demande de publication, sollicitant en outre l'allocation d'une somme de 10 000 francs en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En défense, Bernard LEWIS, qui s'interroge sur l'intérêt à agir du FORUM, oppose en premier lieu la prescription de l'action. Il soutient que l'article 1382 du Code Civil ne peut recevoir application dès lors que la faute qui lui est reprochée consiste en la négation d'un génocide, délit prévu et réprimé par la loi sur la presse, dont les dispositions relatives à la courte prescription doivent être respectées en l'espèce ; il relève qu'aucun acte interruptif n'a été signifié dans les trois mois qui ont suivi la délivrance de l'assignation, et considère que la prescription est acquise.

Il soutient ensuite que les exactions commises par le gouvernement ottoman contre les populations arméniennes en 1915 n'entrent pas dans la définition des crimes que l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 interdit de contester, et conclut à l'irrecevabilité de l'action. En tout état de cause, il conteste le caractère fautif prêté en tant qu'historien, une différente de celle du FORUM, la question du génocide arménien n'étant pas tranchée de façon définitive.

Il rappelle que le juge doit laisser à l'historien une entière liberté de jugement et doit seulement veiller à ce que ses prises de position n'aient pas une finalité ni un objet indépendant de son travail historique ; qu'à cet égard, rien ne permet d'affirmer qu'à travers la critique d'une opinion prévalante, Bernard LEWIS ait eu la volonté de nuire aux victimes.



Il relève qu'il a, au contraire, souligné les souffrances endurées par les arméniens et qu'il n'a pas nié l'existence des déportations décidées par le gouvernement ottoman.

Estimant qu'il est en droit de s'interroger sur la définition à donner à ces crimes, dans le contexte de preuves difficiles à réunir et de débats persistants entre historiens, il considère qu'aucune faute ne peut lui être reprochée et conclut, subsidiairement, au rejet des demandes.

Il sollicite la condamnation solidaire du FORUM des Associations Arméniennes de France et de la LICRA au paiement de la somme de 30 000 francs au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En réponse, par conclusions du 8 novembre 1994, le FORUM précise que ses statuts lui confèrent une autonomie juridique totale par rapport aux associations qui le composent, et que son but est de veiller à la conservation d'une identité dont le génocide est une part essentielle.

Dans la mesure où les propos tenus par Bernard LEWIS n'entrent pas dans la liste limitative des infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881, il estime que l'action ne peut être fondée que sur l'article 1382 du Code Civil et n'est pas soumise à la courte prescription.

Sur le fond, il discute l'argumentation adverse et relève le devoir de prudence qui s'impose tout particulièrement à l'historien qui porte ses recherches et sa réflexion sur une période récente de l'Histoire, dont les témoins encore vivants et meurtris, méritent considération ; il critique point par point, les affirmations de Bernard LEWIS, et développe les arguments qui, selon lui, conduisent à admettre la réalité du génocide arménien.

Par conclusions du 23 novembre 1994, la LICRA, dont la vocation est de « *combattre par tous moyens la négation des génocides et l'apologie des crimes contre l'humanité et défendre les intérêts moraux, l'honneur et la mémoire des déportés* », s'associe en tous points à l'argumentation développée par le FORUM.

Aux termes d'écritures modificatives du 21 novembre 1994, le demandeur sollicite à son seul profit, la condamnation du défendeur au paiement de la somme de 100 000 francs à titre de dommages intérêts. Il prétend dans ses dernières conclusions que Bernard LEWIS a reconnu sa faute dans une lettre adressée le 11 octobre 1994 au Président de la 17ème Chambre Correctionnelle de Paris.

Il lui conteste le droit de ne pas qualifier de « *génocide* », les massacres perpétrés en 1915, alors que cette réalité a été admise par l'ONU, le 29 août 1985 et par le Parlement Européen le 18 juin 1987.

Il estime que Bernard LEWIS ne peut être considéré comme un historien, sur la question arménienne, n'ayant publié aucune étude à ce sujet ; il considère qu'il est en réalité un intellectuel engagé, se livrant à une intense activité de « *lobbying* » en faveur de la Turquie.

Dans d'ultimes écritures signifiées le 18 janvier 1995, Bernard LEWIS conteste le bien fondé de ces allégations et relève qu'il n'est pas démontré qu'il ait poursuivi un autre but que celui de l'historien. Il rappelle à nouveau que la liberté de l'historien doit être protégée dès lors qu'il n'a pas mis ses facultés critiques au service d'une animosité ni poursuivi une finalité étrangère à son travail, mais qu'il a, à l'inverse, respecté les règles de son métier.

\* \* \* \*

## SUR LA RECEVABILITE DE L'ACTION

Attendu que le défendeur qui, dans ses premières écritures, mettait en doute la recevabilité de l'action engagée par le FORUM des Associations Arméniennes, n'a ultérieurement développé aucun moyen à cet égard ; que l'intérêt à agir de la demanderesse est certain dès lors que celle-ci poursuit la défense des intérêts qu'elle a pour objet de protéger ; que par ailleurs, la recevabilité de l'intervention de la LICRA ne fait l'objet d'aucune discussion ;

Attendu, sur la prescription, que le domaine de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 est limitée aux crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, c'est-à-dire les crimes commis pendant la Deuxième Guerre mondiale par des organisations ou des personnes agissant pour des pays européens de l'Axe qu'ainsi la protection spéciale édictée par la loi contre la négation de ces crimes, n'est pas applicable à la contestation relative aux autres crimes contre l'humanité comme, en l'espèce, ceux dont a été victime le peuple arménien en 1915 ;

Attendu que la faute reprochée à Bernard LEWIS n'étant pas susceptible de constituer une infraction à la loi sur la presse, l'action, qui trouve son fondement dans la responsabilité de droit commun édictée par l'article 1382 du Code Civil, n'est pas soumise à la courte prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ; qu'il convient en conséquence de déclarer l'action recevable ;

## SUR LE BIEN FONDE DES DEMANDES

Attendu que c'est à l'occasion de la parution en France des traductions de deux de ses ouvrages, *Les Arabes dans l'Histoire* et *Race et esclavage au Proche-Orient*, que Bernard LEWIS, présenté comme un spécialiste de l'époque médiévale arabe, de la Turquie ottomane et kémalienne et de

l'islamisme contemporain, a accordé un entretien aux journalistes du quotidien *Le Monde* ; qu'il a répondu en historien aux différentes questions qui lui étaient posées, touchant notamment à l'évolution politique de la Turquie - résistance à l'islamisme ou évolution vers un régime religieux - au regard de sa demande d'adhésion à l'Union Européenne ; qu'il s'est exprimé en la même qualité lorsqu'il a tenu les propos incriminés relatifs aux raisons pour lesquelles la Turquie refusait de reconnaître l'existence du génocide arménien ;

Attendu que, contrairement à ce qu'ont soutenu les demandeurs dans certaines de leurs écritures (conclusions signifiées le 8 novembre 1994 par le FORUM des Associations Arméniennes de France, page 5), il n'appartient pas au Tribunal d'apprécier et de dire si les massacres commis de 1915 à 1917 sur les Arméniens constituent, ou non, le crime de génocide, tel qu'il est défini actuellement par l'article 211-1 du Nouveau Code Pénal

Attendu en effet que, s'agissant d'événements se rapportant à l'Histoire, les tribunaux n'ont pas pour mission d'arbitrer et de trancher les polémiques ou controverses qu'ils sont susceptibles de provoquer, de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel épisode de l'Histoire nationale ou mondiale ;

Attendu que l'historien a, par principe, toute liberté pour exposer selon ses vues personnelles les faits, les actes et les attitudes des hommes ou groupements d'hommes ayant pris part aux événements qu'il a choisi de soumettre à ses recherches Mais attendu que s'il a ainsi toute latitude pour remettre en cause, selon son appréciation, les témoignages reçus ou les idées acquises, l'historien ne saurait cependant échapper à la règle commune liant l'exercice légitime d'une liberté à l'acceptation nécessaire d'une responsabilité ;

Attendu qu'à cet égard, sans préjudice des dispositions spéciales concernant la presse et l'édition, l'historien engage sa responsabilité envers les personnes concernées lorsque, par dénaturation ou falsification, il présente comme véridiques des allégations manifestement erronées ou omet, par négligence grave, des événements ou opinions rencontrant l'adhésion de personnes assez qualifiées et éclairées pour que souci d'une exacte information lui interdise de les passer sous silence ;

Attendu que les propos qu'il a tenus le 16 novembre 1993, dont la portée n'a nullement été atténuée mais bien au contraire renforcée par sa mise au point du 1er janvier 1994, Bernard LEWIS, en répondant à la question "*Pourquoi les Turcs refusent-ils toujours de reconnaître le génocide arménien ?*" par l'observation : "*Vous voulez dire la version arménienne de cette histoire*", accrédite l'idée selon laquelle la réalité du génocide ne résulterait que de l'imagination du peuple arménien qui serait en quelque sorte le seul à affirmer l'existence d'un plan concerté mis en œuvre sur

ordre du gouvernement jeune turc en vue de l'anéantissement de la nation arménienne ;

Attendu que cette thèse est contredite par les pièces versées aux débats desquelles il résulte que dans l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide, adoptée par la sous-commission de l'ONU le 29 août 1985, le massacre des Arméniens par les Ottomans, figure parmi les causes de génocides recensés au XXème siècle ; que le colloque intitulé *Tribunal Permanent des Peuples*, réuni à Paris le 29 août 1984 et composé d'éminentes personnalités internationales, a considéré comme bien fondée l'accusation du génocide arménien formulée contre les autorités turques ; que le Parlement Européen, dans une résolution adoptée le 18 juin 1987 a reconnu la réalité du génocide arménien et considéré que le refus par la Turquie de l'admettre constituait un obstacle à l'entrée de ce pays dans la Communauté Européenne ;

Attendu que si Bernard LEWIS était en droit de contester la valeur et la portée de telles affirmations, il se devait de relever et d'analyser les circonstances susceptibles de convaincre les lecteurs de leur absence de pertinence ; qu'il ne pouvait en tout cas passer sous silence des éléments d'appréciation convergents, retenus notamment par des organismes internationaux et révélant que, contrairement à ce que suggèrent les propos critiqués, la thèse de l'existence d'un plan visant à l'extermination du peuple arménien n'est pas uniquement défendue par celui-ci

Attendu que même s'il n'est nullement établi qu'il ait poursuivi un but étranger à sa mission d'historien, et s'il n'est pas contestable qu'il puisse soutenir sur cette question une opinion différente de celles des associations demanderesses, il demeure que c'est en occultant les éléments contraires à sa thèse, que le défendeur a pu affirmer qu'il n'y avait pas de "*preuve sérieuse*" du génocide arménien ; qu'il a ainsi manqué à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance, sur un sujet aussi sensible ; que ses propos, susceptibles de raviver injustement la douleur de la communauté arménienne, sont fautifs et justifient une indemnisation, dans les conditions énoncées au dispositif ;

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL,

Déclare l'action recevable

Condamne Bernard LEWIS à payer à chaque demandeur, le FORUM DES ASSOCIATIONS ARMENIENNES DE FRANCE, d'une part, et la LIGUE INTERNATIONALE CONTRE LE RACISME ET L'ANTISEMITISME, d'autre part, la somme de UN FRANC à titre de dommages-intérêts ;

Ordonne la publication par extraits du présent jugement dans le plus prochain numéro du journal *Le Monde* à paraître à compter du jour où ce jugement sera définitif, aux frais du défendeur, sans que le coût de l'insertion dépasse VINGT MILLE francs (20 000) ;

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

Condamne Bernard LEWIS à payer, sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile, au Forum des Associations Arméniennes de France la somme de DIX MILLE francs (10 000) et à la LICRA celle de QUATRE MILLE francs (4 000) ;

Condamne le défendeur aux dépens.

Fait et jugé à PARIS, le 21 juin 1995.

LE GREFFIER  
P. BAYARD  
LE PRESIDENT  
J. COCHARD



Cour européenne des droits de l'homme  
Hafid Ouardiri contre Suisse  
Requête 65840/09  
28 juin 2011





La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant le 28 juin 2011 en une chambre composée de :

Françoise Tulkens, présidente,  
Danutė Jočienė,  
David Thór Björgvinsson,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
İşıl Karakaş,  
Paulo Pinto de Albuquerque, juges,  
et de Françoise Elens-Passos, greffière adjointe de section,

Vu la requête susmentionnée introduite le 15 décembre 2009,

Vu la décision du président de la première section de la Cour d'autoriser le Centre européen pour la Justice et les Droits de l'Homme et l'Open Society Justice Initiative à intervenir en qualité de tierces parties (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement),

Vu les observations soumises par le gouvernement défendeur, celles présentées en réponse par le requérant et celles présentées par les tierces parties intervenantes auxquelles le requérant a répondu,

Vu le remaniement des sections de la Cour intervenu le 1er février 2011, et l'attribution de la présente requête à la deuxième section (articles 25 § 1 et 52 § 1 du règlement),

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

Le requérant, M. Hafid Ouardiri, est un ressortissant français, né en 1946 et résidant à Mies (canton de Vaud). Il est représenté devant la Cour par Me P. de Preux et Me P. Maurer, avocats à Genève, Me G.-A. Dal, avocat à Bruxelles, Me B. Favreau, avocat à Bordeaux, et Me C. Pettiti, avocat à Paris.

#### **A. Les circonstances de l'espèce**

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Le requérant est de confession musulmane. De 1978 à 2007, il fut porte-parole de la mosquée de Genève. Actuellement, il travaille pour la « Fondation de l'Entre-connaissance », fondation de droit suisse immatriculée au registre du commerce du canton de Genève, ayant son siège à Genève et qui a pour but de « *créer des liens entre la civilisation*

*islamique et le reste du monde, et [d'] œuvrer pour l'entre-connaissance des cultures et des peuples ».*

Le 8 juillet 2008, une initiative populaire « Contre la construction de minarets » (ci-après : l'initiative), ayant pour objet une révision partielle de la constitution suisse, fut déposée auprès de la Chancellerie fédérale. Le texte de l'initiative était accompagné de 113 540 signatures de citoyens suisses.

Par décision du 28 juillet 2008, la Chancellerie fédérale constata que l'initiative avait abouti.

Le 27 août 2008, le Conseil fédéral suisse (Gouvernement suisse) déposa auprès de l'Assemblée fédérale (Parlement fédéral suisse) un projet d'arrêté fédéral relatif à l'initiative. A ce propos, le message accompagnant le projet d'arrêté fédéral comportait les passages suivants :

« ...L'analyse [...] montre que l'initiative « Contre la construction de minarets » porte atteinte à la liberté religieuse garantie par l'art. 9 CEDH. La mesure demandée n'a pas de justification au sens de l'al. 2 de cette disposition car elle est dépourvue de tout objectif légitime et, en outre, disproportionnée, c'est-à-dire non nécessaire dans une société démocratique. [...] Au vu des considérations qui précèdent, on constate que l'interdiction de construire des minarets enfreindrait l'interdiction de discrimination de l'art. 14 CEDH, qui pourrait être invoqué en relation avec l'art. 9 CEDH : elle crée une inégalité de traitement entre des groupes de personnes dans des situations similaires, sur la base du critère éminemment personnel de la religion ; cette différence de traitement n'a pas de justification légitime ; enfin, l'interdiction prévue est disproportionnée... »

Le 12 juin 2009, l'Assemblée fédérale adopta un arrêté fédéral qui se lit ainsi :

Article 1

« 1. L'initiative populaire du 8 juillet 2008 « Contre la construction de minarets » est déclarée valable et sera soumise au vote du peuple et des cantons.

2. Elle a la teneur suivante :

La Constitution est modifiée comme suit :

Art. 72, al. 3 (nouveau)

3. La construction de minarets est interdite.

Article 2

L'Assemblée fédérale recommande au peuple et aux cantons de rejeter l'initiative. »

Le 29 novembre 2009 une votation populaire eut lieu. Selon les résultats définitifs, 57,5 % des personnes ayant participé au scrutin acceptèrent l'initiative. Les résultats ayant également été positifs dans dix-sept cantons et cinq demi-cantons, la modification constitutionnelle fut approuvée.

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

### *1. La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*

Article 139 – Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

« 1. 100 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote peuvent, dans un délai de 18 mois à compter de la publication officielle de leur initiative, demander la révision partielle de la Constitution.

2. Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé.

3. Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.

4. Si l'Assemblée fédérale approuve une initiative populaire conçue en termes généraux, elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Si elle rejette l'initiative, elle la soumet au vote du peuple, qui décide s'il faut lui donner suite. En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative.

5. Toute initiative revêtant la forme d'un projet rédigé est soumise au vote du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet (...) »

Article 190 – Droit applicable

« Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. »

## *2. La jurisprudence du Tribunal fédéral*

Concernant sa compétence pour examiner la compatibilité avec la Convention d'une disposition constitutionnelle, le Tribunal fédéral distingue selon que le recours est directement dirigé contre la disposition litigieuse ou qu'il porte sur un acte administratif ou judiciaire concret adopté sur le fondement de celle-ci.

Ainsi, la haute juridiction helvétique a-t-elle déclaré irrecevables un certain nombre de recours dirigés directement contre l'initiative populaire visant à interdire la construction de minarets (arrêts des 14 décembre 2009, affaires no 1C\_527/2009 et no 1C\_529/2009, et arrêt du 13 janvier 2010, affaire no 1C\_451/2009).

En revanche, saisi d'un recours dirigé contre une décision d'assujettissement à la taxe d'exemption du service militaire, le Tribunal fédéral s'est prononcé par arrêt du 21 janvier 2010 (affaire no 2C\_221/2009) sur la compatibilité d'une disposition constitutionnelle instituant le service militaire obligatoire uniquement pour les hommes avec l'article 14 lu conjointement avec l'article 4 de la Convention et a conclu à l'absence de violation de la Convention en l'espèce.

## GRIEFS

1. Invoquant les articles 9 et 14 de la Convention, le requérant soutient que l'interdiction de construire des minarets constitue une violation de la liberté religieuse et une discrimination en raison de la religion.

2. Invoquant l'article 13 de la Convention, le requérant se plaint de l'absence de recours effectif lui permettant d'obtenir la constatation que la modification constitutionnelle litigieuse est contraire à la Convention.

## EN DROIT

**1.** Le requérant allègue une violation de sa liberté religieuse garantie par l'article 9 de la Convention et il s'estime victime d'une discrimination en raison de la religion, prohibée par l'article 14 de la Convention. Ces dispositions se lisent ainsi :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

et

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Le requérant rappelle que les restrictions apportées à la liberté religieuse doivent concilier les intérêts des divers groupes religieux et sauvegarder la paix sociale et l'entente entre les croyants. Il en déduit que la modification constitutionnelle litigieuse est en « *totale contradiction* » avec ces principes, car elle introduit une « *interdiction absolue* » de construire des minarets en Suisse. Il souligne que cela traduit une volonté manifeste de porter atteinte à l'existence-même de la religion musulmane et que les motifs avancés pour justifier cette interdiction ne correspondent pas à ceux énumérés à l'article 9 § 2 de la Convention. Par ailleurs, la modification litigieuse ne vise que les musulmans et constitue une discrimination en raison de la religion.

Le Gouvernement soutient que la Cour n'est compétente pour examiner la conformité d'une disposition constitutionnelle avec la Convention qu'en présence d'un cas concret d'application ou d'une des exceptions admises par sa jurisprudence. Il relève que le requérant ne s'est pas vu refuser la délivrance d'une autorisation de construire une mosquée pourvue d'un minaret. Il soutient que sa situation se distingue de celle ayant donné lieu aux affaires *Rekvényi c. Hongrie* et *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*, car la modification constitutionnelle litigieuse n'interfère pas directement

avec les droits du requérant garantis par la Convention. De plus, le Gouvernement observe que l'article 190 de la constitution suisse ne s'oppose pas à ce qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte concret, le requérant se plaigne devant le Tribunal fédéral qu'une disposition de la constitution suisse viole le droit international public dont fait partie la Convention. Il relève d'ailleurs que dans un arrêt du 21 janvier 2010, la juridiction suprême a accepté d'examiner la compatibilité d'une disposition constitutionnelle avec la Convention. Il en déduit que le requérant n'est touché, ni de manière particulière, ni de manière directe par la modification constitutionnelle litigieuse. Il considère dès lors que la requête constitue une *actio popularis* et que le requérant n'est pas victime de la violation alléguée de la Convention. Soulignant l'importance du rôle subsidiaire de la Cour, le Gouvernement estime, par ailleurs, que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes. Finalement, il relève qu'on ne saurait interpréter l'issue de la votation populaire comme une preuve de la volonté du peuple suisse de discriminer les musulmans résidant en Suisse.

Le requérant combat l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement. Il estime qu'« *on ne saurait [...] limiter la question de la notion de victime à celle de l'interdiction matérielle de construire des minarets* ». Rappelant que la disposition constitutionnelle litigieuse vise uniquement la religion musulmane, il en déduit que « *[sa] conviction religieuse et intime [...], en tant que musulman vivant en Suisse, et subissant cette mesure vexatoire et discriminante, est atteinte.* » Concernant l'épuisement des voies de recours internes, le requérant est d'avis que le Tribunal fédéral n'a jamais tranché un litige portant sur la compatibilité d'une disposition constitutionnelle avec la Convention. Au vu de la jurisprudence rendue dans d'autres affaires, il doute par ailleurs que la juridiction refuserait d'appliquer la disposition constitutionnelle litigieuse si elle était saisie d'un cas concret. Il en conclut qu'il ne disposait pas de voies de recours internes effectives pour faire valoir la violation de ses droits.

Les tierces parties intervenantes ne se prononcent pas sur la recevabilité de la requête.

La Cour rappelle que la notion de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention doit être interprétée de façon autonome et indépendante des notions internes telles que celles d'intérêt ou de qualité pour agir (*Sanles Sanles c. Espagne* (déc.), no 48335/99, CEDH 2000-XI ; *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, no 62543/00, § 35, CEDH 2004-III ; *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, no 26698/05, § 38, 27 mars 2008). Elle concerne au premier chef les victimes directes de la violation alléguée, soit les personnes directement touchées par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence (*Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 31, série A no 142 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 43, série A no 246-A ; *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20

septembre 1994, §§ 39-41, série A no 295-A ; *Tanrikulu et autres c. Turquie* (déc.), no 40150/98, 6 novembre 2001 ; *SARL du Parc d'Activités de Blotzheim c. France*, no 72377/01, § 20, 11 juillet 2006).

La Cour accepte, à titre exceptionnel, d'examiner une requête émanant d'une personne qui n'aurait été qu'indirectement atteinte par la violation alléguée de la Convention (*Vatan c. Russie*, no 47978/99, § 48, 7 octobre 2004). C'est ainsi qu'elle a reconnu la qualité de victime indirecte à des proches de la victime directe, tels que l'époux d'une femme contrainte de subir un examen gynécologique (*Fidan c. Turquie* (déc.), no 24209/94, 29 février 2000) ou le neveu d'une personne décédée de manière suspecte (*Yaşa c. Turquie*, 2 septembre 1998, §§ 61-66, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI).

Par ailleurs, la Cour reconnaît, également à titre très exceptionnel, la qualité de victime à certaines personnes susceptibles d'être touchées par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence. C'est ainsi qu'elle a admis la notion de victime potentielle, dans les cas suivants : lorsque le requérant n'était pas en mesure de démontrer que la législation qu'il incriminait lui avait été effectivement appliquée, du fait du caractère secret des mesures qu'elle autorisait (*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 34, série A no 28) ; lorsque le requérant était obligé de changer de comportement sous peine de poursuites pénales (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, §§ 40-41, série A no 45 ; *Norris* précité, § 29 ; *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, § 29, Recueil 1998-I) ou lorsque le requérant faisait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation critiquée (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 27, série A no 31 ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 42, série A no 112 ; *Open Door et Dublin Well Woman* précité, §§ 43-44 ; *S.L. c. Autriche* (déc.), no 45330/99, 22 novembre 2001 ; *Burden c. Royaume-Uni* [GC], no 13378/05, § 35, CEDH 2008-).

En tout état de cause, que la victime soit directe, indirecte ou potentielle, il doit exister un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée (*Taurira et autres c. France*, no 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports (DR) 83-A, p. 130 ; *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France*, no 38192/97, décision de la Commission du 1er juillet 1998, DR 94-A, p. 124 ; *Comité des médecins à diplômes étrangers et autres c. France* (déc.), nos 39527/98 et 39531/98, 30 mars 1999 ; *Gorraiz Lizarraga* précité, § 35, CEDH 2004-III). En effet, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits qui y sont garantis ; elle n'autorise pas non plus des requérants à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (*Norris* précité, § 31, série A no 142 ; *Sejdić*

*et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 28, 22 décembre 2009).

En l'espèce, la Cour relève que le requérant se plaint essentiellement que la disposition constitutionnelle litigieuse heurte ses convictions religieuses. Il ne met dès lors en avant aucun commencement d'application de celle-ci et n'allègue, par ailleurs, pas que celle-ci ait déployé un quelconque effet concret à son égard. De l'avis de la Cour, le requérant n'est donc pas directement victime de la violation alléguée de la Convention. En l'absence d'allégation quant aux effets de la modification constitutionnelle litigieuse sur ses proches, il ne saurait non plus être considéré comme une victime indirecte.

Reste toutefois à examiner s'il peut se voir reconnaître la qualité de victime potentielle. S'il est vrai qu'un individu peut, dans des circonstances très particulières, se prétendre victime d'une violation occasionnée par la simple existence d'une législation prévoyant certaines mesures sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées, tel ne semble pas être le cas en l'espèce.

La Cour souligne ainsi que, à la différence des requérants dans l'affaire *Klass*, le requérant n'est pas victime d'une mesure secrète de surveillance l'empêchant de signaler une mesure concrète qui le toucherait spécifiquement (*a contrario Klass* précité, § 34). Par ailleurs, l'interdiction de construire des minarets n'étant assortie d'aucune sanction pénale, elle n'est pas susceptible d'influencer le comportement du requérant, qui demeure libre d'exercer la religion musulmane et de contester publiquement l'opportunité de la modification constitutionnelle litigieuse (*a contrario Norris* précité, § 29).

La Cour observe finalement que le requérant n'allègue pas qu'il pourrait envisager dans un avenir proche la construction d'une mosquée pourvue d'un minaret. A la différence des affaires *Marckx*, *Johnston*, *Open Door* et *Dublin Well Women* ainsi que *Burden* précitées, le requérant n'a pas rendu vraisemblable que la disposition constitutionnelle litigieuse puisse lui être appliquée. La simple éventualité que tel puisse être le cas dans un avenir plus ou moins lointain, n'est pas, aux yeux de la Cour, suffisante (voir, *mutatis mutandis*, *Carron et autres c. France* (déc.), no 48629/08, 29 juin 2010).

La Cour est d'avis que la présente affaire se distingue des affaires *Burden* et *Sejdić* et *Finci* précitées. Dans la première, en effet, il était évident que la législation en cause serait appliquée aux requérantes dans un avenir qui n'était guère lointain, au vu de leur âge (*Burden* précité, § 34), sauf dans l'hypothèse, peu vraisemblable, qu'elles décèdent simultanément. Quant à la seconde, il ressortait clairement de la requête que les requérants participaient activement à la vie publique et il semblait tout à fait naturel

qu'ils envisagent de se porter candidats, si cette possibilité leur était donnée (*Sejdić et Finci* précité, § 29).

La requête ayant pour seul but de contester une disposition constitutionnelle applicable de manière générale en Suisse, la Cour considère que le requérant n'a pas apporté la preuve de circonstances tout à fait exceptionnelles susceptibles de lui conférer la qualité de victime. Bien au contraire, sa requête s'apparente à une action populaire au travers de laquelle il cherche à faire contrôler *in abstracto*, au regard de la Convention, la disposition constitutionnelle litigieuse (*Očić c. Croatie* (déc.), no 46306/99, 25 novembre 1999, CEDH 1999-VIII).

De surcroît, et au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2010 (voir droit interne pertinent), la Cour est d'avis que les juridictions suisses seraient en mesure d'examiner la compatibilité avec la Convention d'un éventuel refus d'autoriser la construction d'un minaret.

Au vu de ce qui précède, la Cour considère que le grief tiré de la violation des articles 9 et 14 de la Convention est donc incompatible *ratione personae* avec les dispositions de celle-ci. Partant, il doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

2. Le requérant allègue de surcroît ne pas avoir bénéficié d'une voie de recours interne, telle que garantie par l'article 13 lu conjointement avec les articles 9 et 14 de la Convention. La disposition précitée est libellée ainsi :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Le requérant rappelle que les autorités nationales sont responsables de la mise en œuvre des droits garantis par la Convention. Il réitère également ses griefs tirés des articles 9 et 14 de la Convention et constate qu'il n'avait aucune voie de recours à sa disposition pour dénoncer la modification constitutionnelle litigieuse.

La Cour rappelle toutefois que l'article 13 de la Convention ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer devant une autorité nationale la législation d'un Etat comme étant contraire en tant que telle à la Convention (voir *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, précité, § 60 ; *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 3455/05, § 135, 19 février 2009 ; *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 85, série A no 98).

Dès lors que la présente espèce concerne le contenu d'une disposition constitutionnelle et non une mesure individuelle d'application, le grief tiré



de la violation de l'article 13 est manifestement mal fondé et doit donc être rejeté, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,

Déclare la requête irrecevable.

Françoise Tulkens  
Présidente

Françoise Elens-Passos  
Greffière adjointe



Conseil constitutionnel de France  
Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la  
Constitution  
Décision 2009-595 DC  
3 décembre 2009



Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 25 novembre 2009, par le Premier ministre, conformément aux articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1er, de la Constitution, de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des juridictions financières ;

Vu le code de l'organisation judiciaire ;

Vu le code de procédure pénale ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

**1.** Considérant que la loi organique soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a été prise sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ; que cette loi a été adoptée dans le respect des règles de procédure prévues par les trois premiers alinéas de l'article 46 de la Constitution ;

**- SUR LES NORMES DE RÉFÉRENCE :**

**2.** Considérant que l'article 29 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 susvisée a introduit dans la Constitution un article 61-1 qui dispose : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. - Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article » ; que son article 30 a notamment inséré, à l'article 62 de la Constitution, un deuxième alinéa qui dispose : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites

dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ;

**3.** Considérant, d'une part, que le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité ; qu'il a, enfin, réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution ;

**4.** Considérant, d'autre part, que la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en œuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité ;

**- SUR L'ARTICLE 1er :**

**5.** Considérant que l'article 1er de la loi organique introduit dans l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée un chapitre II bis intitulé : « De la question prioritaire de constitutionnalité » ; que ce chapitre comporte trois sections consacrées aux dispositions applicables respectivement devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation et, enfin, devant le Conseil constitutionnel ;

En ce qui concerne les dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation :

**6.** Considérant que la section 1 du chapitre II bis précité comporte les articles 23-1 à 23-3 relatifs aux dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ;

**- Quant à l'article 23-1 :**

**7.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-1 :

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation » ;

**8.** Considérant, en premier lieu, qu'en exigeant que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soit présenté dans un écrit distinct et motivé, le législateur organique a entendu faciliter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité et permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure, si cette question doit être transmise au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ;

**9.** Considérant, en deuxième lieu, que les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, par conséquent, la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-1, qui fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, ne méconnaît pas la Constitution ;

**10.** Considérant, en troisième lieu, que le quatrième alinéa de l'article 23-1 interdit que la question prioritaire de constitutionnalité soit présentée devant la cour d'assises ; qu'une telle question pourra être posée au cours de l'instruction pénale qui précède le procès criminel ; qu'elle pourra également être posée à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort ou du pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la cour d'assises en appel et sera transmise directement à la Cour de cassation ; que le législateur organique a entendu tenir compte, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, des spécificités de l'organisation de la cour d'assises et du déroulement du procès devant elle ; que, dans ces conditions, l'interdiction de poser une question prioritaire de constitutionnalité devant la cour d'assises ne méconnaît pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution ;

**11.** Considérant, dès lors, que l'article 23-1 n'est pas contraire à la Constitution ;

**- Quant à l'article 23-2 :**

**12.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-2 :

« La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige » ;

**13.** Considérant, en premier lieu, que les trois conditions qui déterminent la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité ne méconnaissent pas l'article 61-1 de la Constitution ; que la condition prévue par le 2° de l'article 23-2 est conforme au dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution qui dispose : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » ; qu'en réservant le cas du « changement des circonstances », elle conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée ;

**14.** Considérant, en second lieu, qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; qu'ainsi, elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 aux termes duquel : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du



traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 » ;

**15.** Considérant, dès lors, que l'article 23-2 n'est pas contraire à la Constitution ;

**- Quant à l'article 23-3 :**

**16.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-3 :

« Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé » ;

**17.** Considérant que ces dispositions imposent à la juridiction saisie de surseoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, tout en réservant les cas où, en raison de l'urgence, de la nature ou des circonstances de la cause, il n'y a pas lieu à un tel sursis ; que, dans le cas où la juridiction statuera au fond sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, la juridiction saisie d'un appel ou d'un pourvoi en cassation devra, en principe, surseoir à statuer ; qu'ainsi, dans la mesure où elles préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée, ces dispositions, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, ne méconnaissent pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution ;

**18.** Considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il

ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ; que, sous cette réserve, l'article 23-3 n'est pas contraire à la Constitution ;

En ce qui concerne les dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation :

**19.** Considérant que la section 2 du chapitre II bis précité comporte les articles 23-4 à 23-7 relatifs aux dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation ;

**- Quant aux articles 23-4 et 23-5 :**

**20.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-4 :

« Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux » ; que son article 23-5 dispose que : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer » ;

**21.** Considérant, en premier lieu, que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-4 et la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 prévoient que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité si éla question est nouvelleé ; que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ;

que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ; que cette disposition n'est pas contraire à la Constitution ;

**22.** Considérant, en deuxième lieu, que le deuxième alinéa de l'article 23-5 impose que, lorsqu'une question de constitutionnalité est soulevée pour la première fois devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation ou lorsque ces derniers examinent un recours formé contre une décision rendue dans une instance à l'occasion de laquelle la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité a été refusée, les moyens de constitutionnalité soient examinés par priorité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ; que, pour les motifs identiques à ceux énoncés au considérant 14, cette disposition n'est pas contraire à la Constitution ;

**23.** Considérant, en troisième lieu, que les deux dernières phrases du dernier alinéa de l'article 23-5 permettent qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, sous la même réserve que celle énoncée au considérant 18, ces dispositions ne sont pas contraires à la Constitution ;

**24.** Considérant, en quatrième lieu, que, pour des motifs identiques à ceux énoncés aux considérants 8, 9, 13 et 17 de la présente décision, le surplus des articles 23-4 et 23-5 n'est pas contraire à la Constitution ;

**- Quant à l'article 23-6 :**

**25.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-6 :

« Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation prévues à l'article 23-2 et au dernier alinéa de l'article 23-1. Le mémoire mentionné à l'article 23-5, présenté dans le cadre d'une instance devant la Cour de cassation, lui est également transmis.

Le premier président avise immédiatement le procureur général.

L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée.

Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre.

Pour l'application des deux précédents alinéas, le premier président peut être suppléé par un délégué qu'il désigne parmi les présidents de chambre de la Cour de

cassation. Les présidents des chambres peuvent être suppléés par des délégués qu'ils désignent parmi les conseillers de la chambre » ;

**26.** Considérant que ces dispositions, relatives aux règles constitutives des formations de jugement de la Cour de cassation pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont transmises ou qui sont soulevées devant elle, ont le caractère organique ; qu'elles ne méconnaissent aucune règle ou aucun principe constitutionnel ;

**- Quant à l'article 23-7 :**

27. Considérant que l'article 23-7 prévoit que le Conseil d'État ou la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel par une décision motivée accompagnée des mémoires ou des conclusions des parties ; que le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire " distinct et motivé " ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis ; que cet article impose également que le Conseil constitutionnel reçoive une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir ; qu'en prévoyant, en outre, la transmission de plein droit de la question au Conseil constitutionnel si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans un délai de trois mois, le législateur organique a mis en œuvre les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution qui disposent que le Conseil d'État ou la Cour de cassation « se prononce dans un délai déterminé » ; que, dès lors, ces dispositions sont conformes à la Constitution ;

**28.** Considérant que les dispositions des articles 23-4 à 23-7 doivent s'interpréter comme prescrivant devant le Conseil d'État et la Cour de cassation la mise en œuvre de règles de procédure conformes aux exigences du droit à un procès équitable, en tant que de besoin complétées de modalités réglementaires d'application permettant l'examen, par ces juridictions, du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, prises dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi organique ; que, sous cette réserve, le législateur organique n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ;

En ce qui concerne les dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel :

**29.** Considérant que la section 3 du chapitre II bis précité comporte les articles 23-8 à 23-12, relatifs à l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel ;

**30.** Considérant que l'article 23-8 énumère les autorités avisées de la saisine du Conseil constitutionnel ; que son article 23-10 impose à ce

dernier de statuer dans un délai de trois mois et prévoit le caractère contradictoire de la procédure applicable devant lui ainsi que le principe de la publicité des audiences ; que son article 23-11 dispose que ses décisions sont motivées et énumère les autorités auxquelles elles sont notifiées ; qu'enfin, son article 23-12 prévoit une majoration de la contribution de l'État à la rétribution des auxiliaires de justice qui prêtent leur concours au titre de l'aide juridictionnelle lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité ; que ces dispositions ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle ;

**31.** Considérant qu'aux termes de l'article 23-9 : « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question » ; qu'en déliant ainsi, à compter de la saisine du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et l'instance à l'occasion de laquelle elle a été posée, le législateur a entendu tirer les conséquences de l'effet qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu, d'une part, du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution et, d'autre part, du 2° de l'article 23-2 de la loi organique ; que cet article ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle ;

**32.** Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sous les réserves énoncées aux considérants 18, 23 et 28, l'article 1er n'est pas contraire à la Constitution ;

### **- SUR L'ARTICLE 3 :**

**33.** Considérant que l'article 3 insère après le premier alinéa de l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée un alinéa aux termes duquel : « Les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel » ;

**34.** Considérant qu'en application de l'article 77 de la Constitution qui dispose que " certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ", l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée a défini le domaine des " lois du pays " de la Nouvelle-Calédonie et son article 107 leur a conféré " force de loi " dans ce domaine ; qu'il s'ensuit que l'article 3 précité est conforme à l'article 61-1 de la Constitution qui prévoit que la question prioritaire de constitutionnalité est applicable aux dispositions législatives ;

## **- SUR LES AUTRES DISPOSITIONS :**

**35.** Considérant que l'article 2, qui insère dans le code de justice administrative, le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure pénale et le code des juridictions financières des dispositions de coordination avec les dispositions de l'article 1er, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ;

**36.** Considérant que l'article 4 prévoit que les modalités d'application de l'article 1er sont fixées dans les conditions prévues par les articles 55 et 56 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 susvisée et précise, en outre, que le règlement intérieur du Conseil constitutionnel fixe les règles de procédure applicables « devant lui » ; que ce renvoi au décret en conseil des ministres, après consultation du Conseil constitutionnel et avis du Conseil d'État, n'est pas contraire à la Constitution ;

**37.** Considérant que l'article 5 fixe l'entrée en vigueur de la loi organique le premier jour du troisième mois suivant celui de sa promulgation ; que la loi organique sera ainsi applicable aux instances en cours à la date de son entrée en vigueur ; que, toutefois, seules les questions prioritaires de constitutionnalité présentées à compter de cette date dans un écrit ou un mémoire distinct et motivé seront recevables ; que cet article ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ;

**38.** Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sous les réserves énoncées aux considérants 18, 23 et 28, la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n'est pas contraire à la Constitution,

## **D É C I D E :**

Article premier.- Sous les réserves énoncées aux considérants 18, 23 et 28, la loi organique relative à application de l'article 61-1 de la Constitution n'est pas contraire à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 3 décembre 2009, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, MM. Guy CANIVET, Jacques CHIRAC, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, M. Jean-Louis PEZANT, Mme Dominique SCHNAPPER et M. Pierre STEINMETZ.

Conseil d'État belge  
Caprasse contre Région flamande  
Arrêt 227.775  
20 juin 2014





**TRADUCTION OFFICIEUSE**  
**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**  
**A R R Ê T**  
**n° 227.775 du 20 juin 2014**  
**A. 208.344/Abis-3**

En cause: CAPRASSE Véronique  
assistée et représentée par  
Me Jérôme Sohier, avocat,  
ayant son cabinet à 1000 Bruxelles  
avenue Émile De Mot 19  
où il est fait élection de domicile

contre :

la RÉGION FLAMANDE  
représentée par le Gouvernement flamand  
assisté et représenté par  
Me Bart Martel, avocat,  
ayant son cabinet à 1050 Bruxelles  
avenue Louise 99  
où il est fait élection de domicile  
et Me Bart Staelens, avocat,  
ayant son cabinet à 8000 Bruges  
Gerard Davidstraat 46/1

*I. Objet du mémoire de la requérante*

**1.** Le mémoire, introduit le 26 mars 2013, tend à infirmer l'arrêté du ministre flamand des Affaires administratives, de l'Administration intérieure, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande de Bruxelles du 25 février 2013 refusant de nommer Véronique Caprasse bourgmestre de la commune de Kraainem.

*II. Déroulement de la procédure*

**2.** L'arrêt n° 223.592 du 24 mai 2013 a rouvert les débats.

M. Eric Thibaut, premier auditeur chef de section, et Mme Iris Verheven, auditeur, ont rédigé un rapport complémentaire.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui s'est tenue le 20 mai 2014.

M. Michel Pâques et M. Bert Thys, conseillers d'État, ont fait rapport.

Mes Jérôme Sohier et Manoël De Keukelaere, qui comparaissent pour la requérante, et Mes Bart Martel, Bart Staelens et Pieter-Jan Staelens, qui comparaissent pour la partie adverse, ont été entendus.

M. Eric Thibaut, premier auditeur chef de section, et Mme Iris Verheven, auditeur, ont donné un avis conforme au présent arrêt.

Il a été fait application des dispositions sur l'emploi des langues énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

*III. Arrêt interlocutoire n° 223.592 du Conseil d'État du 24 mai 2013 et arrêts 57/2014 et 58/2014 de la Cour constitutionnelle du 3 avril 2014*

**3.** Par un arrêt interlocutoire n° 223.592 du 24 mai 2013, le Conseil d'État a tout d'abord donné suite à la suggestion de la partie adverse de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la conformité de l'article 13*bis* de la Nouvelle loi communale avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en combinaison ou non avec l'article 4 de la Constitution.

L'article 13*bis* précité de la Nouvelle loi communale, inséré par l'article 10/1 de la loi dite de pacification du 9 août 1988, lequel a, à son tour, été inséré par la loi spéciale du 19 juillet 2012, établit une nouvelle procédure pour la nomination des bourgmestres des communes de la périphérie et habilite l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État à trancher le litige résultant du refus, par le Gouvernement flamand, de nommer définitivement un candidat bourgmestre présenté par le conseil communal de l'une de ces communes.

La question préjudicielle posée porte sur l'article de loi précité, dans la mesure où il crée une différence de traitement entre les candidats bourgmestres des communes de la périphérie et les candidats bourgmestres des autres communes de la région de langue néerlandaise, en ce qu'il prévoit pour la première catégorie une procédure dérogatoire par laquelle un arrêt de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif annulant le refus de nomination en tant que bourgmestre emporte la nomination définitive du candidat concerné à la fonction de bourgmestre, même si le refus de nomination est annulé pour cause d'illégalité externe en général ou de vice de forme en particulier.

Cette question préjudicielle s'expliquait par l'introduction, le 20 février 2013, d'un recours en annulation de la loi spéciale susvisée du 19 juillet 2012 auprès de la Cour constitutionnelle. Si, lors de l'examen de ce recours, la Cour constitutionnelle avait été amenée à constater que le nouveau dispositif de nomination des bourgmestres des communes périphériques, instauré par cette loi spéciale, était inconstitutionnel, il en serait résulté que l'assemblée générale de la section du contentieux administratif n'aurait pu appliquer valablement la procédure spéciale

prescrite et que l'affaire ne lui aurait même pas été soumise régulièrement pour examen. Le Conseil d'État a donc estimé que la question de la constitutionnalité du dispositif précité devait d'abord faire l'objet d'une réponse avant que l'assemblée générale de la section du contentieux administratif puisse apprécier si elle pouvait poursuivre l'examen du recours dont elle est saisie, selon la procédure en application de laquelle il a été introduit.

**4.** Par l'arrêt n° 57/2014 du 3 avril 2014, la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation précité contre la loi spéciale du 19 juillet 2012.

Par l'arrêt n° 58/2014 du 3 avril 2014, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que la question préjudicielle posée n'appelle pas de réponse, dès lors que la disposition mise en cause repose, en ce qui concerne le point litigieux, sur un choix du Constituant.

**5.** Compte tenu de la position de la Cour constitutionnelle sur la question préjudicielle posée, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif peut poursuivre l'examen du recours dont elle est saisie, selon la procédure en application de laquelle il a été introduit.

#### *IV. Régularité de la procédure*

**6.** Par une lettre du 19 mai 2014, la partie adverse fournit deux documents supplémentaires au Conseil d'État : premièrement, une version imprimée le 16 mai 2014 d'un communiqué sur le site Internet 'de redactie.be' relatif à l'envoi des convocations à Kraainem « selon l'appartenance linguistique » et deuxièmement, un procès-verbal du « conseil communal de Kraainem du 13 mai 2014 » à l'attention du gouverneur de la province du Brabant flamand.

Le conseil de la partie adverse précise dans cette lettre que « pour interpréter et apprécier l'intention de la partie requérante, on peut effectivement prendre en considération l'acte finalement posé » et qu'il tient à communiquer les documents précités « afin que [le Conseil d'État] puisse en prendre connaissance avant l'audience et que les conseils de la partie requérante, qui reçoivent également une copie de ce courrier et des pièces, sachent que nous mettrons également l'accent sur ces aspects dans les plaidoiries qui auront lieu demain ».

**7.** À l'audience, la requérante demande au Conseil d'État d'écarter des débats la lettre précitée ainsi que les documents joints.

**8.** La lettre précitée ne peut cependant être considérée que comme la communication préalable d'éléments et d'arguments fondés sur ceux-ci que la partie adverse envisage de faire valoir dans ses plaidoiries à l'audience.

En tant que telle, cette lettre ne doit pas être considérée comme une pièce de procédure non prévue par le règlement de procédure, mais comme une simple information pouvant être prise en considération par le Conseil d'État.

Il n'y a dès lors pas lieu d'écarter cette lettre et ses annexes des débats.

#### *V. Examen du premier moyen*

##### *Point de vue des parties*

**9.** La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 30, 84 et 129, § 2, de la Constitution, de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation des articles 1er à 3 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', de l'absence de motifs admissibles et pertinents, de l'absence d'une motivation adéquate, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du principe de minutie.

Dans une première branche du moyen, la requérante soutient que l'autorité flamande n'est pas compétente pour régler l'emploi des langues en matière administrative dans les communes périphériques.

Dans une deuxième branche du moyen, la requérante fait valoir que l'interprétation d'une loi fédérale appartient exclusivement au pouvoir législatif fédéral. Elle estime que le motif de l'arrêté attaqué selon lequel elle n'est pas disposée à respecter la législation linguistique dans l'interprétation que lui donne l'autorité de tutelle est dès lors irrégulier, et ce d'autant plus que le législateur fédéral a spécialement créé à cet effet une Commission permanente de contrôle linguistique à laquelle revient le droit d'interprétation exclusif en la matière. En outre, les circulaires dans lesquelles l'autorité de tutelle interprète la loi sur l'emploi des langues en matière administrative ajoutent une condition à cette loi, dès lors qu'elles obligent systématiquement les administrés à réitérer leur désir de recevoir les documents administratifs en français, alors que la loi sur l'emploi des langues en matière administrative ne prévoit pas pareille obligation. En conséquence, ces circulaires auraient dû être soumises à la section de législation du Conseil d'État. Compte tenu de leur illégalité, leur application doit désormais être écartée conformément à l'article 159 de la Constitution.

Dans une troisième branche du moyen, la requérante fait valoir que tout acte administratif doit être justifié par des motifs exacts, pertinents et admissibles. À cet égard, elle constate que l'arrêté attaqué considère que lorsqu'il s'agit de l'envoi des convocations électorales, elle n'est pas disposée à respecter la législation linguistique dans l'interprétation que lui donne l'autorité de tutelle par voie de circulaire et que le Conseil d'État a jugée valable dans ses arrêts des 23 décembre 2004 et 19 juin 2008. Elle relève que les arrêts visés ont rejeté les recours en annulation sur

lesquels ils se prononcent et que l'auditeur général du Conseil d'État avait à l'époque examiné les moyens invoqués, mais avait conclu de manière motivée que la circulaire visée était illégale. Selon la requérante, le motif invoqué actuellement par la partie adverse est en tout cas inopportun, étant donné que la cour d'appel de Mons a explicitement jugé, dans un arrêt du 21 janvier 2011, que les circulaires de la Région flamande doivent être considérées comme des commentaires législatifs sans valeur réglementaire et a souligné que l'article 129, § 2, de la Constitution s'oppose à ce que la Région flamande prenne des mesures relatives à l'emploi des langues dans les communes à facilités. Selon la requérante, les points de vue du gouverneur, sur lesquels repose l'arrêté attaqué, ne sont pas adéquats et elle avait bel et bien le droit de déclarer qu'elle respecterait la législation linguistique dans l'interprétation que lui donne la cour d'appel de Mons. Selon la requérante, la jurisprudence de cette cour n'est d'ailleurs pas isolée, la doctrine ayant contesté à plusieurs reprises la légalité des circulaires. La requérante affirme qu'elle a confirmé, en réponse à différentes questions du gouverneur, qu'elle se conformerait aux prescriptions légales en vigueur et qu'elle n'a jamais déclaré qu'elle aurait l'intention de violer la législation linguistique.

**10.** La partie adverse répond « en ordre principal » que le moyen est dénué de fondement parce que l'arrêté attaqué n'est pas un dispositif législatif, encore moins un dispositif législatif relatif à l'emploi des langues en matière administrative dans des communes à statut linguistique spécial. L'arrêté attaqué concerne au contraire un acte administratif individuel qui refuse de nommer la requérante bourgmestre de la commune de Kraainem au motif qu'elle n'est pas disposée à respecter la législation linguistique et qu'il en ressort qu'elle ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en tant que représentante et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements.

En « ordre subsidiaire », la partie adverse estime que le moyen n'est pas fondé. Elle fait valoir que la circonstance qu'en vertu de l'article 129, § 2, de la Constitution, la Région flamande et ses organes ne sont pas compétents pour régler l'emploi des langues en matière administrative pour les communes ou groupes de communes contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés, n'empêche pas qu'à l'instar de n'importe quelle autorité, elle est tenue d'appliquer la législation fédérale dans des cas individuels et qu'elle est contrainte et donc habilitée à interpréter cette législation, si cette interprétation est indispensable pour en cerner la portée exacte. De toute évidence, elle devrait tenir compte d'une éventuelle interprétation par voie d'autorité, donnée par le législateur fédéral en application de l'article 84 de la Constitution, mais une telle interprétation par voie d'autorité fait défaut en l'espèce.

En « ordre tout à fait subsidiaire » – pour autant que le bien-fondé de son interprétation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative soit remis en cause de manière recevable – la partie adverse expose que les mots « la langue que l'intéressé utilise » et « le désir de l'intéressé » inscrits dans les articles 25, 26 et 28 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 (ci-après : la loi sur l'emploi des langues en matière administrative) peuvent être interprétés de deux façons différentes. Elle estime que selon une première interprétation, les communes de la périphérie doivent utiliser le français dès que l'autorité connaît la langue du particulier et que cette langue est le français ou, autrement dit, que les particuliers qui ont demandé une fois l'utilisation du français se voient d'office adresser ultérieurement leur courrier en français. Il s'agit, selon la partie adverse, d'une pratique figée dans de nombreuses communes de la frontière linguistique et de la périphérie qui implique qu'un habitant qui a un jour demandé un certificat ou autre document rédigé en français, fût-ce il y a très longtemps et à une seule occasion – ce qui a même été mentionné dans les données du registre national des personnes physiques – doit dorénavant toujours être servi en français. Une autre interprétation, selon la partie adverse, entend les mots précités en ce sens que l'habitant concerné d'une commune périphérique doit, pour être servi en français, le demander au cas par cas et donc introduire chaque fois une nouvelle demande.

La partie adverse ajoute que le Gouvernement flamand, qui doit appliquer les dispositions concernées dans le cadre de ses compétences diverses, notamment en tant qu'autorité de tutelle, a opté pour la seconde interprétation, dynamique, et a été rejoint en cela par la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Certes, la requérante se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Mons du 21 janvier 2011, mais l'interprétation que cet arrêt donne à la loi sur l'emploi des langues en matière administrative est, selon la partie adverse, sans fondement parce qu'elle part de la conception que les habitants des communes périphériques, qui font pourtant partie de la région de langue néerlandaise, doivent être traités de la même manière que les habitants de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, sans vérifier si cette conception n'est pas contraire à la règle constitutionnelle de la primauté du néerlandais dans la région de langue néerlandaise.

**11.** À l'audience, la partie adverse fait encore valoir qu'entre-temps, à l'occasion de l'envoi des convocations pour les élections du 25 mai 2014 à Kraainem, la requérante a concrétisé en décisions politiques son « intention » de ne pas respecter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative.

**12.** La requérante réplique que les faits auxquels la partie adverse fait allusion ne sont pas pertinents pour apprécier la légalité de l'arrêté attaqué qui date d'un an auparavant.

## *Appréciation*

**13.** L'arrêté attaqué déduit des réponses données par la requérante au gouverneur de province lors d'un entretien du 8 février 2013 qu'elle n'est pas disposée, lorsqu'il s'agit de l'envoi des convocations électorales, à respecter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative dans l'interprétation que lui donnent les circulaires BA-97/22 du 16 décembre 1997 'relative à l'emploi des langues dans les administrations communales de la région de langue néerlandaise' et BA-2005/03 du 8 juillet 2005 'relative à l'emploi des langues dans les administrations communales et de C.P.A.S. ainsi que dans les structures de coopération intercommunale – interprétation et effets des arrêts du Conseil d'État du 23 décembre 2004'. L'arrêté en conclut que la requérante ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en tant que représentante et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements.

L'arrêté attaqué concerne donc une décision individuelle, qui s'appuie certes sur une interprétation bien déterminée de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, mais qui, en tant que telle, ne tend pas à édicter un dispositif général relatif à l'emploi des langues en matière administrative dans les communes périphériques.

La première branche du moyen, qui conteste la compétence de l'autorité flamande à régler l'emploi des langues en matière administrative dans les communes périphériques, n'est par conséquent pas pertinente. Elle ne peut en effet donner lieu à l'annulation de l'arrêté attaqué.

La première branche du moyen ne peut être accueillie.

**14.1.** En prenant l'arrêté attaqué, la partie adverse met en oeuvre sa compétence en matière de nomination des bourgmestres des communes de la Région flamande. Lors de l'exercice de cette compétence, elle est tenue de respecter la législation fédérale et en particulier les règles légales relatives à l'emploi des langues en matière administrative dans les communes périphériques. Si, ce faisant, une interprétation de ces règles légales s'impose, elle peut effectivement les interpréter. Le seul fait d'avoir donné une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative ne peut donc pas être reproché à la partie adverse.

La circonstance que l'article 84 de la Constitution prévoit que l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi n'y change rien, une telle interprétation par voie d'autorité faisant défaut en l'espèce.

**14.2.** Comme il a déjà été observé ci-dessus, l'arrêté attaqué considère que la requérante ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour être nommée bourgmestre, parce qu'elle n'est pas disposée, lorsqu'il

s'agit de l'envoi des convocations électorales, à respecter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative dans l'interprétation que lui donne l'autorité de tutelle.

À cet égard, l'arrêté attaqué se base sur une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative exposée par le ministre flamand des Affaires intérieures dans ses circulaires précitées BA-97/22 du 16 décembre 1997 et BA-2005/03 du 8 juillet 2005, qui s'adressent toutes les deux aux gouverneurs de province et ensuite « pour information » – en ce qui concerne la première circulaire – aux collèges des bourgmestre et échevins et – en ce qui concerne la deuxième circulaire – aux collèges des bourgmestre et échevins, aux présidents des centres publics d'action sociale, aux présidents des structures de coopération intercommunale, aux organes représentatifs des cultes reconnus et aux députations permanentes.

Il n'en résulte toutefois pas que ces circulaires feraient également l'objet du présent recours, ni que l'arrêté attaqué appliquerait les circulaires précitées avec pour effet, selon la requérante, que l'illégalité éventuelle de celles-ci impliquerait que le Conseil d'État doit en écarter l'application en vertu de l'article 159 de la Constitution.

L'argument de la requérante selon lequel les circulaires précitées auraient dû être soumises à la section de législation du Conseil d'État n'est dès lors pas pertinent.

**14.3.** La deuxième branche du moyen ne peut pas être accueillie.

**15.1.** Dans la troisième branche du moyen, la requérante conteste essentiellement le fondement matériel adéquat de l'arrêté attaqué.

**15.2.** Dans la mesure où la requérante conteste dans le moyen l'interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que la partie adverse adopte dans l'arrêté attaqué – du moins en ce qui concerne l'envoi des convocations électorales –, le Conseil d'État constate ce qui suit.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, entre autres pour l'exercice de la tutelle ordinaire ou la nomination des bourgmestres, le gouvernement régional est conduit à interpréter les législations communautaires et fédérales.

Comme il a été constaté au point 14.2 ci-dessus, l'arrêté attaqué ne fait pas application des circulaires BA-97/22 du 16 décembre 1997 et BA-2005/03 du 8 juillet 2005, précitées.

Il doit cependant être constaté que la partie adverse fait application de principes d'interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, en particulier des dispositions de cette loi applicables aux



communes périphériques. Elle reproche à la requérante de se disposer à envoyer les convocations électorales en français alors que cette dernière a, selon elle, l'obligation de les envoyer en néerlandais et d'en délivrer un exemplaire en français seulement dans le cas où un intéressé en ferait postérieurement la demande.

Le moyen saisit donc le Conseil d'État de l'interprétation des dispositions de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative qui s'appliquent aux communes périphériques.

Il s'agit en particulier d'interpréter les dispositions suivantes :

« Section 4

Communes périphériques

Sous-section 1

Dispositions communes à toutes les communes périphériques.

[...]

Article 25. Les mêmes services emploient dans leurs rapports avec un particulier la langue que l'intéressé utilise quand celle-ci est le néerlandais ou le français.

[...]

Article 26. Les services susmentionnés rédigent en néerlandais ou en français, selon le désir de l'intéressé, les certificats, déclarations et autorisations délivrés aux particuliers.

[...]

Sous-section 2

Dispositions particulières aux services locaux établis à Drogenbos, Kraainem, Linkebeek et Wemmel

Article 28. Dans les communes de Drogenbos, Kraainem, Linkebeek et Wemmel, les actes sont rédigés en néerlandais ou en français, selon le désir de l'intéressé.

[...] ».

L'article 25 précité fait état de « la langue que l'intéressé utilise » et les articles 26 et 28 mentionnent « le désir de l'intéressé ».

L'article 25 ne précise pas la manière selon laquelle l'administration acquiert la connaissance de la langue que l'intéressé utilise. Les articles 26 et 28 ne précisent pas de quelle manière « le désir de l'intéressé » que les documents et actes visés dans ces dispositions lui soient délivrés en néerlandais ou en français doit être notifié à l'administration ni de quelle manière correcte l'administration peut ou doit constater ce désir.

Pour vérifier la portée de ces dispositions, il convient de les situer dans le contexte plus large de la réglementation linguistique en Belgique.

Dans son arrêt n° 26/98 du 10 mars 1998, la Cour d'arbitrage (actuellement : Cour constitutionnelle) a déclaré à propos de ladite réglementation linguistique ce qui suit :

« B.4.1. Bien que les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative prévoient à l'intention des habitants francophones des communes périphériques une réglementation particulière qui les autorise à utiliser la langue

française dans leurs relations avec les services locaux et qui impose à ces services l'obligation d'utiliser la langue française dans les circonstances précisées dans ces lois, cette réglementation ne porte pas atteinte au caractère en principe unilingue de la région de langue néerlandaise à laquelle ces communes appartiennent. Ceci implique que la langue qui doit y être utilisée en matière administrative est en principe la langue néerlandaise et que des dispositions qui autorisent l'emploi d'une autre langue ne peuvent avoir pour effet qu'il soit porté atteinte à la primauté de la langue néerlandaise garantie par l'article 4 de la Constitution ».

Plus récemment, la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt n° 124/2010 du 28 octobre 2010 (motif B.12), déduit de l'article 16*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la volonté du législateur spécial « de réaliser un équilibre entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'État belge », « qui constitue un élément fondamental de l'équilibre institutionnel de l'État belge » et considéré que s'imposait « tant aux législateurs régionaux qu'aux législateurs communautaires, le respect des garanties en faveur des néerlandophones, des francophones et des germanophones dans les communes à statut linguistique spécial ».

Il en ressort que l'interprétation des droits des personnes qui résident dans les communes périphériques et qui souhaitent, dans leurs rapports avec l'autorité communale, l'utilisation du français doit être conciliable avec la primauté du néerlandais dans ces communes et avec la volonté du constituant et du législateur spécial qui a toujours été d'affirmer le caractère unilingue de la région de langue néerlandaise, tout en permettant aux particuliers des communes périphériques d'utiliser la langue française dans leurs rapports avec l'autorité communale. Concilier cet unilinguisme avec les facilités ainsi reconnues nécessite donc un juste équilibre entre les intérêts en présence.

Dans ce contexte, d'une part, une large interprétation de ces droits, préconisée par la requérante, selon laquelle les particuliers qui ont demandé une fois l'emploi du français reçoivent automatiquement à nouveau les documents en français par la suite jusqu'à la fin de leurs jours n'est pas conciliable avec cette primauté; d'autre part, l'interprétation préconisée par le Gouvernement flamand qui consiste à exiger de l'intéressé une démarche spécifique chaque fois qu'il souhaite bénéficier de l'usage du français, restreint de manière disproportionnée les droits garantis aux articles 25, 26 et 28, précités.

Ces deux interprétations sont donc contraires au droit.

Afin de respecter à la fois la primauté du néerlandais dans la région unilingue néerlandaise et les droits garantis aux particuliers des communes périphériques aux articles 25, 26 et 28, précités, il faut considérer que, à défaut de demande spécifique du particulier lors d'un contact verbal ponctuel ou relativement à un document déterminé, ce qui est toujours possible, l'autorité communale doit se référer à la

connaissance qu'elle a de la langue du particulier, mais que celui-ci doit porter son désir d'être servi en français à la connaissance de l'administration à intervalle régulier raisonnable. L'autorité communale doit se référer à ce choix, dont elle ne peut prendre connaissance qu'au moyen d'une lettre que le particulier envoie à l'administration communale ou y dépose à cette fin. Ce choix s'applique pendant un délai raisonnable, à savoir pendant une période de quatre ans, à compter de la réception ou du dépôt de la lettre visée à l'administration communale. Après l'expiration de ce délai de quatre ans, le particulier peut renouveler son choix par une lettre adressée à l'administration communale, chaque fois pour une nouvelle période de quatre ans. L'administration communale doit chaque fois, sans délai, envoyer un accusé de réception ou un reçu de dépôt de la lettre au particulier concerné.

Il s'ensuit que ni l'interprétation préconisée par la requérante, ni l'interprétation préconisée par la partie adverse ne sont actuellement admissibles.

**15.3.** En ce qui concerne l'appréciation de ses qualités morales, la requérante critique l'arrêté attaqué dans la mesure où celui-ci lui prête l'intention de méconnaître la loi sur l'emploi des langues.

**15.4.** Conformément à l'article 59, § 1er, du décret communal du 15 juillet 2005, la nomination du bourgmestre relève de la compétence du Gouvernement flamand.

On peut admettre avec la partie adverse que dans l'exercice de cette compétence, le Gouvernement flamand doit non seulement s'assurer que le candidat bourgmestre présenté satisfait aux conditions de nomination légales et aux règles d'incompatibilité en vigueur, mais doit également vérifier si ce candidat possède toutes les qualités requises pour assurer une bonne administration de la commune et offre suffisamment de garanties quant à une représentation régulière et loyale du pouvoir central dans celle-ci.

Cela signifie que le Gouvernement flamand peut également refuser de nommer le candidat présenté s'il existe des doutes sérieux, fondés sur des éléments convaincants et solides, concernant ces qualités et garanties.

**15.5.** En l'espèce, la non-nomination de la requérante ne se fonde pas sur la constatation de fait qu'elle n'a pas respecté la réglementation mais sur des déclarations qu'elle a faites dans le cadre d'un entretien avec le gouverneur de province au cours duquel elle a laissé entendre qu'en ce qui concerne les convocations électorales, elle ne se conformera pas aux directives de l'autorité de tutelle parce qu'elle a des doutes quant à leur légalité.

L'arrêté attaqué énonce à ce sujet qu' « il résulte des réponses de Madame Caprasse aux questions du gouverneur que lorsqu'il s'agit de l'envoi des convocations électorales, la candidate bourgmestre présentée n'est pas disposée à respecter la législation linguistique dans l'interprétation que lui donne l'autorité de tutelle dans les circulaires précitées et que le Conseil d'État a jugée régulière dans ses arrêts des 23 décembre 2004 (nos 138.860 à 138.864) et 19 juin 2008 (n° 184.353) ».

**15.6.** Certes, il n'appartiendrait pas à la requérante, en sa qualité de bourgmestre, d'écarter de sa propre autorité l'interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative telle qu'elle a été portée à la connaissance des administrations communales par l'autorité de tutelle compétente dans les circulaires BA-97/22 du 16 décembre 1997 et BA-2005/03 du 8 juillet 2005.

Il ne ressort toutefois pas de l'arrêté attaqué que la requérante a, dans les faits, méconnu les directives de l'autorité supérieure. L'arrêté ne fait mention d'aucun manquement de fait constaté concrètement dans le chef de la requérante en ce qui concerne l'application de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative et sur lequel il se fonderait.

Il ressort en outre du procès-verbal de l'entretien de la requérante avec le gouverneur de province que lorsqu'il s'agit de l'envoi des convocations électorales, l'intention de celle-ci de ne pas respecter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative dans l'interprétation que lui donne la partie adverse n'est pas aussi certaine que ce que lui prête l'arrêté attaqué. À la question 9, il est énoncé que la requérante répète l'explication donnée à la question 7. Dans sa réponse à la question 7, elle déclare :

« (...) À ce jour, je n'ai pas encore organisé d'élections. Il y a un conflit juridique entre les circulaires Peeters/Martens et l'arrêt de la cour d'appel de Mons. Je ne sais pas quel point de vue sera finalement adopté. Le bourgmestre précédent a suivi la législation fédérale. [...] Il y a une contradiction entre la version du Conseil d'État et l'arrêt de la cour d'appel en ce qui concerne les circulaires. J'attends la décision finale ».

Le déroulement de l'entretien avec le gouverneur de province indique du reste que la déclaration de la requérante concernant l'envoi des convocations électorales n'a été faite qu'après une discussion avec le gouverneur de la province et après que celui-ci a insisté à plusieurs reprises.

À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que contrairement à la nomination de fonctionnaires, le candidat bourgmestre présenté exerce aussi une fonction politique et que, comme l'auteur de l'acte attaqué, il a le droit d'exprimer librement ses convictions et points de vue politiques. Toutefois, ces déclarations politiques ne se traduiront pas nécessairement par des actes.

Conformément à l'article 60, § 2, du décret communal du 15 juillet 2005, le bourgmestre doit, avant d'accepter son mandat, prêter serment entre les mains du gouverneur de province, serment par lequel il jure de respecter fidèlement les obligations de son mandat. C'est à ce moment crucial que le bourgmestre nommé s'engage effectivement et formellement à respecter les obligations du mandat, y compris celles que lui impose l'autorité supérieure qu'il représente.

**15.7.** L'arrêté attaqué qui juge exclusivement les qualités morales de la requérante sur la base d'une intention présumée de celle-ci concernant l'attitude à adopter à l'égard d'un problème juridique spécifique, exprimée après une discussion avec le gouverneur de province, sans qu'aucun manquement de fait et concret puisse lui être reproché, et qui en déduit sans plus ample motivation, que « la candidate bourgmestre présentée ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en tant que représentante et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements » est dépourvu dans cette mesure de fondement matériel adéquat.

**15.8.** Les documents que la partie adverse a fournis au Conseil d'État par une lettre du 19 mai 2014 et dont il est question au point 6 ne peuvent pas conduire à une autre conclusion.

Contrairement à ce que prétend la partie adverse, les deux documents concernés ne permettent pas de conclure avec une certitude minimale que la requérante a manqué aux obligations de sa charge à l'occasion de l'envoi des convocations électorales du 25 mai 2014. Le communiqué sur le site Internet 'de redactie.be' porte à croire qu'une décision concernant la manière d'envoyer les convocations électorales n'aurait justement pas été prise parce que pareille décision n'est pas nécessaire selon la requérante. En outre, il ressort du procès-verbal du conseil communal de Kraainem destiné au gouverneur de province que l'identité de la personne qui a retiré les convocations chez l'imprimeur et les a distribuées n'est pas connue, et que s'il existe des présomptions, celles-ci ne peuvent cependant pas être prouvées.

**15.9.** La troisième branche du moyen est fondée.

**16.** Cette dernière constatation suffit pour que le Conseil d'État puisse infirmer l'arrêté.

**17.** À l'audience, la requérante demande que le Conseil d'État confirme sa nomination dans le dispositif de l'arrêt.

L'article 13*bis*, § 7, de la Nouvelle loi communale dispose que l'arrêt du Conseil d'État infirmant la décision de refus de nomination "emporte" la nomination définitive. Compte tenu de cette conséquence automatique de

l'arrêt, il n'y a pas lieu de constater formellement la nomination définitive dans le dispositif.

## **DÉCISION**

**Le Conseil d'État infirme la décision du ministre flamand des Affaires administratives, de l'Administration intérieure, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande de Bruxelles du 25 février 2013 refusant de nommer Véronique Caprasse bourgmestre de la commune de Kraainem.**

Le présent arrêt est prononcé à Bruxelles, en audience publique du vingt juin deux mille quatorze de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, composée comme suit :

MM. Yves KREINS, Premier Président,  
Roger STEVENS, Président,  
Michel HANOTIAU, Président de chambre,  
Dierk VERBIEST, Président de chambre,  
Michel LEROY, Président de chambre,  
Mme Odile DAURMONT, Président de chambre,  
MM. Philippe QUERTAINMONT, Président de chambre,  
Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre,  
Johan LUST, Président de chambre,  
Geert VAN HAEGENDOREN, Président de chambre,  
Geert DEBERSAQUES, Conseiller d'État,  
Eric BREWAEYS, Conseiller d'État,  
Mme Colette DEBROUX, Conseiller d'État,  
MM. Carlo ADAMS, Conseiller d'État,  
Bruno SEUTIN, Conseiller d'État,  
Imre KOVALOVSKY, Conseiller d'État,  
Jan CLEMENT, Conseiller d'État,  
Mme Pascale VANDERNACHT, Conseiller d'État,  
MM. Michel PÂQUES, Conseiller d'État,  
Stephan DE TAEYE, Conseiller d'État,  
Luc CAMBIER, Conseiller d'État,  
Bert THYS, Conseiller d'État,  
Pierre BARRA, Conseiller d'État,  
Mme Diane DÉOM, Conseiller d'État,  
MM. Peter SOURBRON, Conseiller d'État,  
Yves HOUYET, Conseiller d'État,  
assistés de  
Mme Danièle LANGBEEN, Greffier en chef.

**Le Greffier en chef,  
Danièle Langbeen**

**Le Premier Président,  
Yves Kreins**

Conseil d'État belge  
Thiéry contre Région flamande  
Arrêt 227.776  
20 juin 2014





**TRADUCTION OFFICIEUSE**  
**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**  
**A R R Ê T**  
**n° 227.776 du 20 juin 2014**  
**A. 208.346/Abis-4**

En cause: THIÉRY Damien  
assisté et représenté par  
Me Frédéric Gosselin, avocat,  
ayant son cabinet à 1348 Louvain-La-Neuve,  
rue de Clairvaux 40/202,  
où il est fait élection de domicile

contre :

la RÉGION FLAMANDE,  
représentée par le Gouvernement flamand,  
assisté et représenté par  
Me Bart Martel, avocat,  
ayant son cabinet à 1050 Bruxelles,  
avenue Louise 99,  
où il est fait élection de domicile  
et Me Bart Staelens, avocat,  
ayant son cabinet à 8000 Bruges,  
Gerard Davidstraat 46/1

---

*I. Objet du mémoire du requérant*

**1.** Le mémoire, introduit le 26 mars 2013, tend à infirmer l'arrêté du ministre flamand des Affaires administratives, de l'Administration intérieure, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande de Bruxelles du 25 février 2013 refusant de nommer Damien Thiéry bourgmestre de la commune de Linkebeek.

*II. Déroulement de la procédure*

**2.** L'arrêt n° 223.593 du 24 mai 2013 a rouvert les débats.

M. Eric Thibaut, premier auditeur chef de section, et Mme Iris Verheven, auditeur, ont rédigé un rapport complémentaire.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui s'est tenue le 20 mai 2014.

M. Michel Pâques et M. Bert Thys, conseillers d'État, ont fait rapport.

Mes Frédéric Gosselin et Christophe Van Melckebeke, qui comparaissent pour le requérant, et Mes Bart Martel, Bart Staelens et Pieter-Jan Staelens, qui comparaissent pour la partie adverse, ont été entendus.

M. Eric Thibaut, premier auditeur chef de section, et Mme Iris Verheven, auditeur, ont donné un avis conforme au présent arrêt.

Il a été fait application des dispositions sur l'emploi des langues énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

*III. Arrêt interlocutoire n° 223.593 du Conseil d'État du 24 mai 2013 et arrêts 57/2014 et 58/2014 de la Cour constitutionnelle du 3 avril 2014*

**3.** Par un arrêt interlocutoire n° 223.593 du 24 mai 2013, le Conseil d'État a tout d'abord donné suite à la suggestion de la partie adverse de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la conformité de l'article 13*bis* de la Nouvelle loi communale avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en combinaison ou non avec l'article 4 de la Constitution.

L'article 13*bis* précité de la Nouvelle loi communale, inséré par l'article 10/1 de la loi dite de pacification du 9 août 1988, lequel a, à son tour, été inséré par la loi spéciale du 19 juillet 2012, établit une nouvelle procédure pour la nomination des bourgmestres des communes de la périphérie et habilite l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État à trancher le litige résultant du refus, par le Gouvernement flamand, de nommer un candidat bourgmestre présenté par le conseil communal de l'une de ces communes.

La question préjudicielle posée porte sur l'article de loi précité, dans la mesure où il crée une différence de traitement entre les candidats bourgmestres des communes de la périphérie et les candidats bourgmestres des autres communes de la région de langue néerlandaise, en ce qu'il prévoit pour la première catégorie une procédure dérogatoire par laquelle un arrêt de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif annulant le refus de nomination en tant que bourgmestre emporte la nomination définitive du candidat concerné à la fonction de bourgmestre, même si le refus de nomination est annulé pour cause d'illégalité externe en général ou de vice de forme en particulier.

Cette question préjudicielle s'expliquait par l'introduction, le 20 février 2013, d'un recours en annulation de la loi spéciale susvisée du 19 juillet 2012 auprès de la Cour constitutionnelle. Si, lors de l'examen de ce recours, la Cour constitutionnelle avait été amenée à constater que le nouveau dispositif de nomination des bourgmestres des communes périphériques, instauré par cette loi spéciale, était inconstitutionnel, il en serait résulté que l'assemblée générale de la section du contentieux

administratif n'aurait pu appliquer valablement la procédure spéciale prescrite et que l'affaire ne lui aurait même pas été soumise régulièrement pour examen. Le Conseil d'État a donc estimé que la question de la constitutionnalité du dispositif précité devait d'abord faire l'objet d'une réponse avant que l'assemblée générale de la section du contentieux administratif puisse apprécier si elle pouvait poursuivre l'examen du recours dont elle est saisie, selon la procédure en application de laquelle il a été introduit.

**4.** À titre purement subsidiaire et préalablement à tout examen du moyen qui s'y rapporte, le Conseil d'État a ensuite jugé opportun, pour des motifs de nature procédurale, de poser également à la Cour constitutionnelle, une seconde question préjudicielle, suggérée par la partie adverse, afin de savoir si l'article 7 de la loi spéciale du 19 juillet 2012 viole les articles 4, 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où il doit être interprété en ce sens que, en cas d'absence de nomination d'un bourgmestre dans l'une des communes périphériques, il ne peut pas être tenu compte du comportement du candidat durant la période qui précède l'entrée en vigueur de cette loi spéciale, même si ce comportement est toujours actuel et pertinent lorsque l'intéressé persiste explicitement dans celui-ci.

**5.** Par l'arrêt n° 57/2014 du 3 avril 2014, la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation précité contre la loi spéciale du 19 juillet 2012.

Par l'arrêt n° 58/2014 du 3 avril 2014, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que les questions préjudicielles posées n'appellent pas de réponse : la première, dès lors que la disposition mise en cause repose, en ce qui concerne le point litigieux, sur un choix du Constituant; la seconde, dès lors qu'elle est fondée sur une lecture erronée de la disposition en cause.

**6.** Compte tenu de la position de la Cour constitutionnelle sur la première question préjudicielle posée, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif peut poursuivre l'examen du recours dont elle est saisie, selon la procédure en application de laquelle il a été introduit.

#### *IV. Examen des moyens*

**7.** En vue d'un examen cohérent des moyens, le Conseil d'État estime judicieux d'examiner en premier lieu le cinquième moyen et ensuite les autres moyens.

##### *A. Cinquième moyen*

##### *Point de vue des parties*

**8.** Le requérant invoque la violation des articles 41 et 162 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et des articles 23 à 28 et 1118 du Code judiciaire.

Il invoque également la violation de plusieurs principes de bonne administration, notamment du principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'impartialité, du devoir de minutie et de l'obligation de motivation matérielle. Il fait état d'une « erreur manifeste d'appréciation ».

Le requérant soutient tout d'abord que l'arrêté attaqué se fonde sur une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que la partie adverse a unilatéralement et soudainement imposée par voie de circulaire en 1997. La position adoptée par la partie adverse sur la base de la circulaire précitée est cependant fortement controversée et est rejetée par les cours et tribunaux, comme par l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 21 janvier 2011, et par la doctrine dominante. Si l'arrêté attaqué fait référence à des arrêts du Conseil d'État du 23 décembre 2004, il ne s'agit toutefois que d'arrêts de rejet dont l'autorité est relative. De l'avis du requérant, ces arrêts ne lui sont pas opposables, dès lors qu'il fait actuellement état d'autres irrégularités et que son argumentation n'est pas identique à celle qui a donné lieu aux arrêts visés. Par conséquent, la partie adverse ne peut pas invoquer ces arrêts pour faire admettre que le droit du citoyen à considérer cette circulaire comme irrégulière serait non fondé. Par contre, le requérant peut en l'espèce invoquer valablement l'arrêt de la cour d'appel de Mons et les autres décisions judiciaires. Dans un arrêt du 26 novembre 2009, la Cour de cassation a en effet dit pour droit qu'un tiers peut invoquer l'autorité de la chose jugée dont une décision judiciaire est revêtue contre une partie à cette décision.

Dans une première branche du moyen, le requérant expose que toute autorité administrative normalement prudente et raisonnable doit respecter les décisions judiciaires auxquelles elle est partie et que lorsque cette autorité décide de sanctionner une personne, elle ne peut pas passer sous silence les décisions judiciaires revêtues de l'autorité de la chose jugée qui lui sont opposables pour privilégier exclusivement d'autres décisions qui fondent sa thèse.

Le requérant estime qu'en retenant uniquement les éléments à charge et non les éléments à décharge, la partie adverse suscite en outre une apparence de partialité. Le requérant a même le sentiment que la partie adverse manifeste une véritable hostilité personnelle à son égard. Selon le requérant, il est notoirement connu que la partie adverse le stigmatise depuis plusieurs années.

Dans une deuxième branche du moyen, le requérant fait valoir que la controverse dans la jurisprudence aurait dû inciter la partie adverse à considérer qu'il n'était pas établi qu'il avait enfreint la loi ou, à tout le moins, que son interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative ne pouvait pas être maintenue. Selon le requérant, la partie adverse aurait dû faire preuve de plus de modération. Compte tenu de l'existence de décisions judiciaires contradictoires revêtues de l'autorité

de la chose jugée à l'égard de la partie adverse, le principe de proportionnalité lui imposait de ne pas le sanctionner aussi sévèrement.

Enfin, le requérant souligne que les convocations électorales n'ont pas eu d'influence sur l'exercice du droit de vote, un électeur pouvant voter même sans convocation. En outre, tous les électeurs ont reçu leur convocation, de sorte qu'il n'y a pas eu de conséquences dommageables et que la sanction infligée apparaît comme très disproportionnée.

**9.** La partie adverse répond « en ordre principal » que le moyen est dénué de fondement et doit être rejeté parce que l'arrêté attaqué n'impose pas une règle et ne peut pas être considéré comme un dispositif législatif relatif à l'emploi des langues en matière administrative ou une interprétation de ces règles linguistiques. Selon elle, l'arrêté attaqué est un acte administratif individuel refusant de nommer le requérant à la fonction de bourgmestre au motif qu'il n'est pas disposé à respecter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative et qu'il ne possède dès lors ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en qualité de représentant et de personne de confiance des gouvernements, notamment pour l'application des lois, décrets et règlements.

En « ordre subsidiaire » – pour autant que le bien-fondé de son interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative soit remis en cause de manière recevable – la partie adverse expose que les mots « la langue que l'intéressé utilise » et « le désir de l'intéressé » inscrits dans les articles 25, 26 et 28 de cette loi peuvent être interprétés de deux façons différentes. Elle estime que selon une première interprétation, les communes de la périphérie doivent utiliser le français dès que l'autorité connaît la langue du particulier et que cette langue est le français ou, autrement dit, que les particuliers qui ont demandé une fois l'utilisation du français se voient d'office adresser ultérieurement leur courrier en français. Il s'agit, selon la partie adverse, d'une pratique figée dans de nombreuses communes de la frontière linguistique et de la périphérie qui implique qu'un habitant qui a un jour demandé un certificat ou autre document rédigé en français, fût-ce il y a très longtemps et à une seule occasion – ce qui a même été mentionné dans les données du registre national des personnes physiques – doit dorénavant toujours être servi en français. Une autre interprétation, selon la partie adverse, entend les mots précités en ce sens que l'habitant concerné d'une commune périphérique doit, pour être servi en français, le demander au cas par cas et donc introduire chaque fois une nouvelle demande.

La partie adverse ajoute que le Gouvernement flamand, qui doit appliquer les dispositions concernées dans le cadre de ses compétences diverses, notamment en tant qu'autorité de tutelle, a opté pour la seconde interprétation, dynamique, et a été rejoint en cela par la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Certes, le requérant se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Mons du 21 janvier 2011, mais

l'interprétation que cet arrêt donne à la loi sur l'emploi des langues en matière administrative est, selon la partie adverse, sans fondement parce qu'elle part de la conception que les habitants des communes périphériques, qui font pourtant partie de la région de langue néerlandaise, doivent être traités de la même manière que les habitants de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, sans vérifier si cette conception n'est pas contraire à la règle constitutionnelle de la primauté du néerlandais dans la région de langue néerlandaise.

Enfin, la partie adverse soutient que la circonstance que la Région flamande et ses organes, en vertu de l'article 129, § 2, de la Constitution, sont incompétents pour régler l'emploi des langues en matière administrative pour les communes ou groupes de communes contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés, n'empêche pas qu'elle est tenue, à l'instar de n'importe quelle autorité, d'appliquer la législation fédérale dans des cas individuels et qu'elle est contrainte et donc habilitée à interpréter cette législation, si cette interprétation est indispensable pour cerner la portée exacte de celle-ci. Il est évident qu'elle devrait tenir compte d'une éventuelle interprétation par voie d'autorité, donnée par le législateur fédéral en application de l'article 84 de la Constitution, mais une telle interprétation fait défaut en l'espèce.

### *Appréciation*

**10.** Dans son cinquième moyen – les première et deuxième branches du moyen considérées conjointement –, le requérant reproche en substance à l'arrêté attaqué d'appliquer une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que la partie adverse a unilatéralement imposée par voie de circulaire en 1997, mais que les cours et tribunaux ainsi que la doctrine rejettent. Certes, pour appuyer cette interprétation, l'arrêté attaqué fait référence à des arrêts du Conseil d'État, mais dès lors qu'il s'agit d'arrêts de rejet, ceux-ci n'ont qu'une autorité relative. Selon le requérant, le fait que l'interprétation retenue de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative soit controversée aurait dû inciter la partie adverse à faire preuve de plus de modération, en ce sens qu'elle aurait dû admettre que son interprétation ne pouvait pas être maintenue, qu'une infraction à la loi n'était pas établie et que le requérant ne pouvait pas être sanctionné aussi sévèrement.

**11.** L'arrêté attaqué considère que le requérant ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour être nommé en qualité de bourgmestre, notamment au motif qu'en tant que membre et président du collège des bourgmestre et échevins, il a à nouveau participé à une décision qui enfreint la loi sur l'emploi des langues en matière administrative et qui est contraire aux arrêts rendus par le Conseil d'État en tant que juridiction administrative suprême. Il s'agit de la décision du collège des bourgmestre et échevins d'envoyer les convocations aux élections

communales et provinciales du 14 octobre 2012 en néerlandais et en français.

Ce faisant, l'arrêté attaqué se fonde – en ce qui concerne l'envoi des convocations électorales – sur une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative qui considère que chaque service local dans les communes périphériques est tenu d'utiliser le néerlandais dans ses relations avec les habitants de la commune concernée et que le français n'est utilisé que lorsqu'un habitant de cette commune en fait expressément la demande. Pareille demande doit, au besoin, être chaque fois réintroduite et n'est pas automatiquement présumée. Les convocations aux élections communales et provinciales du 14 octobre 2012 auraient donc dû être envoyées en néerlandais aux électeurs et ceux-ci pouvaient, s'ils le souhaitaient, demander une version française.

**12.** Dans la mesure où le requérant soutient qu'en prenant l'arrêté attaqué, la partie adverse aurait dû tenir compte des décisions judiciaires et de la doctrine qui préconisent une autre interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, il y a lieu d'observer qu'aucune obligation ne découle en tant que telle pour les autorités administratives de la seule circonstance qu'une certaine jurisprudence et une certaine doctrine interprètent différemment la loi sur l'emploi des langues en matière administrative. Ces autorités ne sont liées que par des décisions judiciaires auxquelles elles sont parties et qui sont coulées en force de chose jugée. Indépendamment de la question de savoir si, au moment où la décision attaquée a été prise, l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 21 janvier 2011 avait acquis force de chose jugée à l'égard de la partie adverse, l'autorité de cet arrêt ne dépasse en tout cas pas l'objet du litige en question.

**13.** Dans la mesure où le requérant conteste dans le moyen l'interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que la partie adverse adopte – du moins en ce qui concerne l'envoi des convocations électorales – dans l'arrêté attaqué, le Conseil d'État constate ce qui suit.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, entre autres pour l'exercice de la tutelle ordinaire ou la nomination des bourgmestres, le gouvernement régional est conduit à interpréter les législations communautaires et fédérales. Le seul fait d'avoir donné une interprétation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 (ci-après loi sur l'emploi des langues en matière administrative) ne peut donc pas être reproché à la partie adverse.

Il ne peut non plus être reproché à la partie adverse d'avoir fait application en l'espèce des circulaires BA-97/22 du 16 décembre 1997 'relative à l'emploi des langues dans les administrations communales de la région de langue néerlandaise' et BA-2005/03 du 8 juillet 2005 'relative à

l'emploi des langues dans les administrations communales et de C.P.A.S. ainsi que dans les structures de coopération intercommunale – interprétation et effets des arrêts du Conseil d'État du 23 décembre 2004'. Elle ne s'y réfère pas.

Il doit cependant être constaté que la partie adverse fait application de principes d'interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, en particulier des dispositions de cette loi applicables aux communes périphériques.

Le moyen saisit donc le Conseil d'État de l'interprétation des dispositions de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative qui s'appliquent aux communes périphériques.

Il s'agit en particulier d'interpréter les dispositions suivantes :

« Section 4

Communes périphériques

Sous-section 1

Dispositions communes à toutes les communes périphériques

[...]

Article 25. Les mêmes services emploient dans leurs rapports avec un particulier la langue que l'intéressé utilise quand celle-ci est le néerlandais ou le français.

[...]

Article 26. Les services susmentionnés rédigent en néerlandais ou en français, selon le désir de l'intéressé, les certificats, déclarations et autorisations délivrés aux particuliers.

[...]

Sous-section 2

Dispositions particulières aux services locaux établis à Drogenbos, Kraainem, Linkebeek et Wemmel

Article 28. Dans les communes de Drogenbos, Kraainem, Linkebeek et Wemmel, les actes sont rédigés en néerlandais ou en français, selon le désir de l'intéressé.

[...] ».

L'article 25 précité fait état de « la langue que l'intéressé utilise » et les articles 26 et 28 mentionnent « le désir de l'intéressé ».

L'article 25 ne précise pas la manière selon laquelle l'administration acquiert la connaissance de la langue que l'intéressé utilise. Les articles 26 et 28 ne précisent pas de quelle manière « le désir de l'intéressé » que les documents et actes visés dans ces dispositions lui soient délivrés en néerlandais ou en français doit être notifié à l'administration ni de quelle manière correcte l'administration peut ou doit constater ce désir.

Pour vérifier la portée de ces dispositions, il convient de les situer dans le contexte plus large de la réglementation linguistique en Belgique.



Dans son arrêt n° 26/98 du 10 mars 1998, la Cour d'arbitrage (actuellement : Cour constitutionnelle) a déclaré à propos de ladite réglementation linguistique ce qui suit :

« B.4.1. Bien que les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative prévoient à l'intention des habitants francophones des communes périphériques une réglementation particulière qui les autorise à utiliser la langue française dans leurs relations avec les services locaux et qui impose à ces services l'obligation d'utiliser la langue française dans les circonstances précisées dans ces lois, cette réglementation ne porte pas atteinte au caractère en principe unilingue de la région de langue néerlandaise à laquelle ces communes appartiennent. Ceci implique que la langue qui doit y être utilisée en matière administrative est en principe la langue néerlandaise et que des dispositions qui autorisent l'emploi d'une autre langue ne peuvent avoir pour effet qu'il soit porté atteinte à la primauté de la langue néerlandaise garantie par l'article 4 de la Constitution ».

Plus récemment, la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt n° 124/2010 du 28 octobre 2010 (motif B.12), déduit de l'article 16*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la volonté du législateur spécial « de réaliser un équilibre entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'État belge », « qui constitue un élément fondamental de l'équilibre institutionnel de l'État belge » et que s'imposait « tant aux législateurs régionaux qu'aux législateurs communautaires, le respect des garanties en faveur des néerlandophones, des francophones et des germanophones dans les communes à statut linguistique spécial ».

Il en ressort que l'interprétation des droits des personnes qui résident dans les communes périphériques et qui souhaitent, dans leurs rapports avec l'autorité communale, l'utilisation du français doit être conciliable avec la primauté du néerlandais dans ces communes et avec la volonté du constituant et du législateur spécial qui a toujours été d'affirmer le caractère unilingue de la région de langue néerlandaise, tout en permettant aux particuliers des communes périphériques d'utiliser la langue française dans leurs rapports avec l'autorité communale. Concilier cet unilinguisme avec les facilités ainsi reconnues nécessite donc un juste équilibre entre les intérêts en présence.

Dans ce contexte, d'une part, une large interprétation de ces droits, préconisée par le requérant, selon laquelle les particuliers qui ont demandé une fois l'emploi du français reçoivent automatiquement à nouveau les documents en français par la suite jusqu'à la fin de leurs jours n'est pas conciliable avec cette primauté; d'autre part, l'interprétation préconisée par le Gouvernement flamand qui consiste à exiger de l'intéressé une démarche spécifique chaque fois qu'il souhaite bénéficier de l'usage du français, restreint de manière disproportionnée les droits garantis aux articles 25, 26 et 28, précités.

Ces deux interprétations sont donc contraires au droit.

Afin de respecter à la fois la primauté du néerlandais dans la région unilingue néerlandaise et les droits garantis aux particuliers des communes périphériques aux articles 25, 26 et 28, précités, il faut considérer que, à défaut de demande spécifique du particulier lors d'un contact verbal ponctuel ou relativement à un document déterminé, ce qui est toujours possible, l'autorité communale doit se référer à la connaissance qu'elle a de la langue du particulier, mais que celui-ci doit porter son désir d'être servi en français à la connaissance de l'administration à intervalle régulier raisonnable. L'autorité communale doit se référer à ce choix, dont elle ne peut prendre connaissance qu'au moyen d'une lettre que le particulier envoie à l'administration communale ou y dépose à cette fin. Ce choix s'applique pendant un délai raisonnable, à savoir pendant une période de quatre ans, à compter de la réception ou du dépôt de la lettre visée à l'administration communale. Après l'expiration de ce délai de quatre ans, le particulier peut renouveler son choix par une lettre adressée à l'administration communale, chaque fois pour une nouvelle période de quatre ans. L'administration communale doit chaque fois, sans délai, envoyer un accusé de réception ou un reçu de dépôt de la lettre au particulier concerné.

Il s'ensuit que ni l'interprétation préconisée par le requérant, ni l'interprétation préconisée par la partie adverse ne sont actuellement admissibles.

**14.** Il reste à examiner si ce constat est de nature à entraîner l'infirmité de l'acte attaqué.

Lorsqu'il est amené à nommer bourgmestre une personne dont la candidature lui est présentée par le conseil communal, le gouvernement régional peut apprécier la présentation en fonction de critères tirés des exigences d'une bonne gestion communale et avoir égard à l'aptitude, à l'honorabilité, à la formation et à l'autorité personnelle du candidat présenté.

En l'espèce, l'acte attaqué repose notamment sur le motif que le requérant a pris part à la décision d'envoyer les convocations aux élections locales et provinciales du 14 octobre 2012 en français aux électeurs ayant fait choix de l'usage de la langue française. La partie adverse considère cette pratique comme illégale et avait donné pour instruction d'envoyer les convocations en néerlandais à tous les électeurs, ceux qui le désiraient pouvant introduire une demande en vue d'obtenir une convocation en français. Il est donc reproché au requérant d'avoir fait procéder aux opérations électorales communales en méconnaissant sur ce point les instructions de la partie adverse.

Selon l'article 6, § 1er, VIII, 4°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, l'organisation des élections communales

est une matière relevant de la compétence des régions. Lorsqu'il convoque les électeurs en vue des élections communales, le collège accomplit une mission d'intérêt général et agit au nom de la Région. Lors des élections communales et provinciales du 14 octobre 2012, soit seulement quelques mois avant l'adoption de l'acte attaqué, le requérant s'est écarté des instructions qui étaient données par le gouvernement régional, à un moment où aucune décision juridictionnelle n'imposait au requérant d'écarter l'application de ces instructions. En constatant cette circonstance, la partie adverse a pu estimer, sans dépasser la marge d'appréciation que la loi lui accorde, qu'elle ne pouvait pas accorder sa confiance au requérant en le nommant bourgmestre.

Il ressort de la décision entreprise que la partie adverse attribue une importance déterminante au défaut de confiance qu'elle a pu constater. Il s'ensuit que ce motif suffit à justifier la décision attaquée au regard des dispositions visées au moyen.

**15.** Le cinquième moyen est rejeté.

#### *B. Premier moyen*

##### *Point de vue des parties*

**16.** Le requérant prend un premier moyen de la violation des articles 41 et 162 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', de l'article 71 du décret communal du 15 juillet 2005 et de l'article 52 du décret du 8 juillet 2011 portant organisation des élections locales et provinciales. Il invoque également la violation « des principes de bonne administration et d'un procès équitable », et plus particulièrement du devoir de minutie, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité, du « principe d'objectivité » et de l'obligation de motivation matérielle. Il fait état d'une « erreur manifeste d'appréciation », d'un « défaut de base légale » et de « l'illégalité des motifs de fait ».

Dans une première branche du moyen, le requérant fait valoir que les faits que lui impute l'arrêté attaqué ne sont pas dûment établis. Il soutient que les décisions relatives à l'envoi des convocations aux élections locales et provinciales du 14 octobre 2012 à Linkebeek ont été prises par le collège des bourgmestre et échevins et que la partie adverse ne démontre pas que les convocations ont été envoyées par le requérant lui-même.

Dans une deuxième branche du moyen, le requérant expose que l'arrêté attaqué lui reproche d'avoir envoyé en français les convocations aux élections précitées, alors que le gouverneur de province les avait déjà envoyées en néerlandais. Selon le requérant, le gouverneur s'est toutefois substitué illégalement au collège, dès lors qu'au moment où il a agi il était incompétent *ratione temporis*. En effet, il ne pouvait agir que si, au 30

septembre 2012 – à savoir deux semaines avant les élections – le collège n'avait pas encore envoyé de convocations.

Par ailleurs, le requérant considère qu'il n'a fait qu'exécuter la décision prise par le collège des bourgmestre et échevins, pour laquelle il ne pouvait être sanctionné individuellement.

**17.** La partie adverse répond que le moyen manque en fait. Elle soutient qu'il ressort sans équivoque de l'arrêté attaqué que le requérant n'a pas été nommé bourgmestre parce que, selon l'autorité investie du pouvoir de nomination statuant souverainement, il ne remplissait pas les conditions de nomination, en particulier parce qu'il ne possédait ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en tant que représentant et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements, et ce sur la base de différents faits, pertinents par eux-mêmes. À cet égard, il est totalement dénué de pertinence qu'un de ces faits ne puisse être reproché au seul intéressé, mais également à ses collègues membres du collège des bourgmestre et échevins. La partie adverse estime que n'est pas non plus pertinente en l'espèce la circonstance que le gouverneur avait entre-temps lui-même envoyé des convocations correctes, dès lors que la décision attaquée ne se fonde aucunement sur celle-ci.

### *Appréciation*

**18.1.** Le requérant considère dans la première branche du moyen que la décision relative à l'envoi des convocations ne peut pas lui être imputée personnellement, étant donné que ce n'est pas lui mais le collège des bourgmestre et échevins qui a pris cette décision et qu'en outre, il n'est pas démontré qu'il s'est occupé personnellement de l'envoi des convocations.

**18.2.** Le collège des bourgmestre et échevins de Linkebeek a décidé le 24 septembre 2012 d'envoyer les convocations aux élections communales et provinciales « conformément à la législation ». Ce que le collège des bourgmestre et échevins entend par conformité à la législation apparaît de la référence faite dans sa décision à la commande et à la livraison de ces lettres de convocation par la firme Remmicom. Précédemment, le 28 août 2012, le collège des bourgmestre et échevins avait en effet marqué son accord sur la commande et la livraison par cette firme de « cartes de convocation en néerlandais et en français ». Implicitement, mais de manière certaine, le collège a donc laissé apparaître que les convocations seraient envoyées « en néerlandais et en français ». Le requérant ne conteste pas, au demeurant, que ces convocations ont effectivement été envoyées ainsi.

Le requérant a participé aux réunions du collège des bourgmestre et échevins tant du 28 août 2012 que du 24 septembre 2012 en qualité de «

bourgmestre président faisant fonction ». La décision relative à l'envoi des convocations a été prise « à l'unanimité » le 24 septembre 2012. Dès lors, la partie adverse pouvait également imputer cette décision au requérant et la prendre en considération dans l'appréciation de la présentation de celui-ci à la nomination comme bourgmestre.

Le fait qu'il n'est pas démontré que le requérant s'est chargé personnellement de l'envoi effectif des convocations n'y change rien. Il ne ressort d'ailleurs pas de l'arrêté attaqué que la partie adverse attribuerait cet envoi effectif au requérant.

**18.3.** La première branche du moyen n'est pas fondée.

**19.1.** Dans la deuxième branche du moyen, le requérant soutient que le gouverneur de province s'est substitué illégalement au collège des bourgmestre et échevins, en ce qu'il a envoyé les convocations en néerlandais à un moment où il n'était pas compétent pour le faire.

Toutefois, quoi qu'il en soit, la prétendue illégalité de la démarche du gouverneur ne peut entraîner l'infirmité de l'arrêté attaqué, celui-ci ne se basant pas sur cette démarche, mais sur la constatation que le requérant ne dispose ni des qualités ni de l'autorité morales requises pour agir en tant que représentant et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements.

**19.2.** La deuxième branche du moyen ne peut être accueillie.

**20.** Le premier moyen n'est fondé dans aucune de ses branches.

### *C. Deuxième moyen*

#### *Point de vue des parties*

**21.** Le requérant prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', des articles 71 et 130, § 1er, du décret communal du 15 juillet 2005, des articles 4 et 7 de l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 juin 2007 'fixant la procédure disciplinaire pour les mandataires [...]', des droits de la défense, de l'obligation d'entendre, de l'obligation de motivation matérielle, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité et du délai raisonnable. Il invoque à nouveau une « erreur manifeste d'appréciation ».

Le requérant soutient que l'arrêté attaqué entend clairement le sanctionner et que tant la motivation de cet arrêté que les « griefs » retenus indiquent qu'il s'agit d'une « véritable sanction disciplinaire ».

**22.1.** Dans une première branche du moyen, le requérant fait ensuite valoir que préalablement à l'adoption de l'arrêté attaqué, il n'a pas été entendu à propos des griefs dont il fait l'objet et de la sanction envisagée à son égard, alors que cette audition a bien eu lieu en ce qui concerne le bourgmestre non nommé de la commune de Kraainem.

**22.2.** Dans une deuxième branche du moyen, le requérant déclare que l'arrêté attaqué est manifestement basé sur un dossier disciplinaire auquel avait également été versé l'avis du gouverneur du 18 février 2013 (lire : 6 février 2013), mais qu'aucune pièce de ce dossier ne lui a été préalablement communiquée.

Le requérant estime qu'en se référant à l'avis du gouverneur, la motivation n'est en outre pas adéquate, dès lors que cet avis ne lui a pas été communiqué au plus tard en même temps que la décision attaquée. Le requérant ajoute que selon la volonté du législateur, dans la procédure actuelle devant l'assemblée générale du Conseil d'État, un vice de forme suffit pour entraîner l'infirmité du refus de nomination.

**22.3.** Dans une troisième branche du moyen, le requérant allègue « en ordre subsidiaire » que même si l'on jugeait que la décision attaquée n'inflige pas de sanction disciplinaire, il faudrait néanmoins constater que le principe général de droit *audi et alteram partem* n'a pas été appliqué. Dès lors que la décision attaquée est de nature à porter gravement atteinte à ses intérêts, il aurait dû, en vertu de ce principe, être entendu ou même avoir eu la possibilité de donner par écrit des explications sur la proposition de refus de nomination, après avoir eu accès au dossier.

**22.4.** Dans une quatrième branche du moyen, le requérant fait valoir que l'arrêté attaqué renvoie à plusieurs reprises à des faits passés qui auraient été commis il y a plus de six mois, voire plusieurs années, alors que les dispositions dont la violation est invoquée dans le moyen ne le permettent pas, ce procédé étant incompatible avec l'exigence du délai raisonnable.

**22.5.** Dans une cinquième branche du moyen, le requérant expose que les griefs que la décision attaquée retient à son encontre ne peuvent pas raisonnablement donner lieu à la lourde sanction du refus de nomination.

Il soutient tout d'abord que les arrêts du Conseil d'État du 23 décembre 2004, auxquels se réfère l'arrêté attaqué, ont jugé irrecevables à défaut d'intérêt les recours formés contre les circulaires de la partie adverse interprétant la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, mais ne se sont pas prononcés sur le fond de l'affaire, si bien qu'ils ne peuvent en aucune façon justifier l'interprétation défendue par la partie adverse dans l'arrêté attaqué.

Le requérant fait en outre observer que selon l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 26/98 du 10 mars 1998, l'obligation d'utiliser, dans les

communes périphériques, la langue de la région au cours des séances du conseil communal s'applique exclusivement au bourgmestre et aux autres membres du collège des bourgmestre et échevins et ne s'applique donc pas aux autres membres du conseil communal. Selon le requérant, à supposer même que l'emploi du français soit tout à fait interdit, force est de constater que l'usage allégué du français, dans le présent cas, n'est pas son propre fait, mais celui d'une tierce personne. Le requérant conclut qu'il ne peut pas être sanctionné pour l'usage du français par un conseiller communal.

Enfin, le requérant estime que le grief lié à l'utilisation du bulletin d'information communal n'est aucunement étayé et est de toute façon très insignifiant par rapport à la gravité de la sanction infligée.

**23.** La partie adverse répond que, globalement, le moyen manque en fait au motif que le requérant considère à tort qu'on a pris à son égard une mesure disciplinaire qui lui inflige une sanction en raison de comportements personnels. En outre, le refus de nomination comme bourgmestre n'étant pas une sanction disciplinaire pouvant être infligée, il est absurde de soutenir qu'il s'agirait en l'espèce d'une sanction disciplinaire « déguisée ».

Dès lors qu'aucune sanction disciplinaire n'a été infligée au requérant, la partie adverse estime qu'il ne peut pas invoquer l'absence d'audition dans le cadre de la procédure disciplinaire ni l'absence d'accès préalable au dossier.

La partie adverse fait en outre valoir que le requérant ne devait plus être entendu, parce que son point de vue sur l'application de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative pouvait être constaté simplement et directement. Le requérant ne peut pas nier qu'il a pu faire connaître clairement son point de vue concernant cette législation. Au demeurant, il le rappelle dans son cinquième moyen. L'audition du requérant, au cours de laquelle il aurait pu déclarer qu'il ne souhaitait pas appliquer la loi sur l'emploi des langues en matière administrative et qu'il ne l'appliquerait pas n'aurait dès lors rien changé. La partie adverse estime par conséquent que le requérant n'a pas intérêt à la branche du moyen concernant la violation de l'obligation d'audition.

La partie adverse soutient ensuite qu'étant donné que l'arrêté attaqué n'est pas une mesure disciplinaire, il ne lui est pas interdit d'apprécier la moralité des candidats bourgmestres sur la base de comportements et d'actes dont elle avait déjà connaissance depuis plus de six mois. Elle estime pour le même motif que le principe du délai raisonnable n'est pas violé.

Dans la mesure où dans la cinquième branche du moyen, le requérant entend critiquer l'interprétation donnée par la jurisprudence du Conseil

d'État à la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, la partie adverse se réfère aux arguments qu'elle a développés à propos des cinquième et sixième moyens. Elle souligne qu'il est inadmissible que des bourgmestres qui refusent d'appliquer la législation existante, quelle que soit sa nature, soient nommés.

En « ordre tout à fait subsidiaire », la partie adverse affirme que l'exposé du moyen peut donner à penser que le requérant estime ne pas avoir été nommé bourgmestre en raison de sa non-nomination antérieure. Les considérants de l'arrêté attaqué montrent clairement que tel n'est pas le cas. Il est exact que c'est en raison de faits antérieurs que le requérant n'est pas nommé, mais cela n'équivaut pas à un refus de nomination fondé sur un refus antérieur de nomination.

### *Appréciation*

**24.** Dans la première branche du moyen, le requérant considère que la décision attaquée le sanctionne sur le plan disciplinaire et que dès lors dans le cadre de ses droits de la défense, il devait être préalablement entendu.

Une sanction disciplinaire est une mesure qui se fonde sur le comportement fautif du collaborateur du service public et vise à l'atteindre dans ses intérêts au sein de ce service.

L'arrêté attaqué refuse de nommer le requérant bourgmestre, parce qu'il ne dispose ni des qualités ni de l'autorité morales requises pour agir en tant que représentant et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements. L'arrêté attaqué n'est par conséquent pas fondé sur un comportement fautif du requérant qu'il viserait à sanctionner, mais bien sur l'incapacité de celui-ci à assumer la fonction de bourgmestre, ce qui conduit à refuser sa nomination à cette fonction.

La décision attaquée ne concerne dès lors pas une décision disciplinaire, de sorte que les droits de la défense ne s'appliquent pas et que le requérant ne devait pas être préalablement entendu.

La circonstance que la candidate bourgmestre de Kraainem a d'abord eu un entretien avec le gouverneur de province préalablement à la décision de refus de sa nomination n'y change rien. En effet, ce n'est pas non plus dans le cadre d'une procédure disciplinaire que la candidate bourgmestre de Kraainem a été entendue, de sorte qu'à cet égard il n'y a pas de traitement inégal.

La première branche du moyen n'est pas fondée.



**25.** Dès lors qu'aucune mesure disciplinaire n'est en cause, il n'y a pas non plus lieu de considérer qu'il s'agit d'un dossier disciplinaire qui aurait dû être préalablement communiqué au requérant.

Selon le requérant, la motivation se référant à l'avis du gouverneur de province n'est en outre pas adéquate, cet avis ne lui ayant pas été communiqué au plus tard en même temps que l'arrêté attaqué. Le point de vue du requérant ne peut être admis, dès lors que l'arrêté attaqué mentionne expressément les points sur lesquels le gouverneur a émis des réserves à l'égard de la nomination du requérant à la fonction de bourgmestre.

La deuxième branche du moyen n'est pas fondée.

**26.** En « ordre subsidiaire », le requérant soutient que l'arrêté attaqué porte gravement atteinte à ses intérêts, de sorte qu'en vertu du principe *audi et alteram partem*, il aurait dû être entendu et avoir l'occasion de donner des explications complémentaires, « même par écrit », sur la proposition de refus de nomination, après avoir eu accès au dossier.

Même en l'absence d'un texte formel à cet égard, le principe de bonne administration interdit à l'administration de prendre à l'égard de quiconque une mesure grave fondée sur son comportement et qui est de nature à porter gravement atteinte à ses intérêts, sans qu'il ait eu au préalable la possibilité de faire connaître utilement son point de vue.

Indépendamment de la question de savoir si ce principe s'applique également à une décision qui, comme celle qui est attaquée, refuse de donner une suite favorable à la présentation d'un candidat à une nomination dans une fonction publique et qui n'est pas de nature à retirer un avantage à l'intéressé, il y a lieu de constater que, comme il est dit à propos du cinquième moyen, le premier motif de l'arrêté attaqué est jugé adéquat et suffisant et qu'il résulte par ailleurs de l'arrêté attaqué que la partie adverse connaissait parfaitement la façon de procéder du requérant en ce qui concerne l'envoi des convocations électorales. Le requérant ne conteste pas en tant que tels les faits qui sous-tendent le premier motif de l'arrêté attaqué et, comme il a été relevé lors de l'examen du premier moyen, ils peuvent également lui être imputés en tant que président du collège des bourgmestre et échevins. Il en résulte qu'en ce qui concerne ce motif, il n'a en tout état de cause pas intérêt à invoquer la violation du principe *audi et alteram partem*.

La troisième branche du moyen est rejetée.

**27.** Comme il a été exposé ci-dessus, la décision attaquée n'est pas une mesure disciplinaire et n'est dès lors pas soumise à la prescription de l'action disciplinaire. S'il est vrai que l'exigence du délai raisonnable implique que l'autorité investie du pouvoir de nomination ne peut

apprécier la présentation d'un candidat à une nomination à la fonction de bourgmestre sur la base de faits tellement anciens qu'ils ne peuvent raisonnablement plus être considérés comme pertinents pour apprécier l'aptitude actuelle du candidat, il faut toutefois constater en l'espèce que la partie adverse déduit l'inaptitude du requérant à la fonction de bourgmestre de faits qui ne sont pas antérieurs à la législature précédente et qui pouvaient encore être pris utilement en compte après l'élection du conseil communal du 14 octobre 2012 pour apprécier la présentation du requérant. Il ne peut dès lors pas être conclu à une violation du principe du délai raisonnable.

La quatrième branche du moyen n'est pas fondée.

**28.** Dans une cinquième branche du moyen, le requérant critique les trois motifs de l'arrêté attaqué qui amènent à la conclusion qu'il ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour être nommé bourgmestre.

L'examen du cinquième moyen a déjà fait apparaître que le premier motif de l'arrêté attaqué est adéquat et suffisant pour justifier le refus de nomination du requérant. Il en résulte que le requérant n'a pas intérêt à critiquer les autres motifs de la décision attaquée, dès lors que même si ses griefs concernant ces autres motifs étaient fondés, l'arrêté attaqué aurait toujours un fondement suffisant.

La cinquième branche du moyen est rejetée.

**29.** Le deuxième moyen n'est fondé dans aucune de ses branches.

#### *D. Troisième moyen*

##### *Point de vue des parties*

**30.** Le requérant prend un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe général de proportionnalité, en ce que, nonobstant l'existence d'un acte de présentation régulier, l'arrêté attaqué refuse de le nommer à la fonction de bourgmestre, alors qu'il est notoirement connu que la partie adverse a nommé d'autres bourgmestres en Flandre qui, « d'une manière délibérée et ostentatoire » ont méconnu la loi en refusant d'organiser des élections à défaut de scission préalable de l'arrondissement électoral de Bruxelles-Hal-Vilvorde.

Il ajoute qu'il est ainsi sanctionné pour une prétendue infraction à une interprétation de la loi qui, au demeurant, ne peut pas lui être imputée à titre individuel, alors que dans d'autres cas, une infraction manifeste à la loi n'a pas donné lieu à une sanction. Il en déduit que la partie adverse mène une politique de « deux poids et deux mesures ».

Le requérant expose également que le Conseil d'État a déjà jugé que si l'autorité se donne pour ligne de conduite de ne pas nommer à la fonction de bourgmestre des personnes qui ont déjà été condamnées pénalement, elle doit suivre cette ligne de conduite de manière cohérente; elle doit donc traiter de la même façon les candidats bourgmestres qui se trouvent dans une situation analogue.

**31.** La partie adverse répond que la différence de traitement invoquée, fût-elle avérée, ne peut en aucun cas constituer une violation du principe d'égalité. En effet, il n'est pas permis d'invoquer d'autres situations illégales pour faire reconnaître ou pérenniser l'illégalité de sa propre situation. Autrement dit, il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité.

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil d'État invoquée par le requérant, la partie adverse fait valoir qu'il n'existe pas en l'espèce de motif déduit de l'existence de faits réprimés pénalement.

### *Appréciation*

**32.** Les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination s'opposent notamment à ce que des situations identiques en droit et en fait soient traitées différemment, sans que cette différence repose sur une justification objective.

Il appartient à la partie requérante, qui invoque devant le Conseil d'État la violation des principes précités, de démontrer dans sa requête, au moyen d'éléments concrets et précis, en quoi consiste cette violation. Ce faisant, elle doit tout d'abord apporter la preuve que sa situation spécifique est comparable à celle des autres candidats bourgmestres et ensuite préciser pourquoi la différence de traitement qu'elle subit constitue une discrimination.

**33.** Le requérant revendique de la partie adverse qu'elle maintienne une appréciation constante de ce qui constitue, à ses yeux, les qualités morales d'un bourgmestre ou d'un candidat bourgmestre lorsqu'une violation de la loi est imputée à l'intéressé.

Lors de la décision de nommer un bourgmestre, le Gouvernement régional pouvait tenir compte, comme en l'espèce, de la manière dont l'intéressé respecte les instructions données par ce Gouvernement sur une question revêtant une grande importance politique à ses yeux. Il s'ensuit que la partie adverse a pu traiter différemment, sans violer les dispositions visées au moyen, le candidat bourgmestre qui refuse de se conformer à de telles instructions à l'occasion des élections communales et un candidat qui ne s'est pas spécialement écarté de son point de vue sur une question revêtant une grande importance politique à ses yeux.

**34.** Le troisième moyen est rejeté.

## *E. Quatrième moyen*

### *Point de vue des parties*

**35.** Le requérant prend un quatrième moyen de la violation des articles 7 et 8 de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, à laquelle la loi du 24 juin 2000 a donné assentiment, ainsi que du principe de proportionnalité.

Il soutient que cette Charte impose qu'il y ait une proportionnalité entre l'ampleur de l'intervention de l'autorité de tutelle et l'importance des intérêts qu'elle entend préserver. Selon le requérant, le refus de sa nomination est une mesure disproportionnée, compte tenu, d'une part, des actes prétendument viciés commis par les autorités locales et, d'autre part, des intérêts réservés à l'autonomie communale. C'est d'autant plus vrai, selon le requérant, qu'aucun manquement ne peut lui être reproché à titre individuel et qu'une majorité démocratique soutient sa nomination.

**36.** La partie adverse répond « en ordre principal » que le moyen doit être rejeté, l'article 8, paragraphe 2, de la Charte européenne de l'autonomie locale étant inopérant en Région flamande et en Communauté flamande, comme il ressort de la réserve émise à l'article 3 du décret du 19 mars 2004 portant assentiment à ladite Charte.

En « ordre subsidiaire », le moyen est, à son estime, non fondé, parce que les dispositions invoquées de la Charte précitée ne sont pas non plus applicables *ratione materiae*. C'est ainsi que l'on n'aperçoit pas le lien qui existerait entre l'arrêté attaqué et l'article 7 de la Charte, dès lors que cet arrêté ne change rien à la situation juridique ou à la compensation financière des élus locaux et qu'il ne porte pas non plus sur les fonctions et actes incompatibles. Il n'y a pas non plus de lien entre l'arrêté attaqué et l'article 8 de la Charte. En effet, la nomination d'un bourgmestre ne concerne aucune décision de la commune concernée et ne peut donc en aucune manière relever de la tutelle administrative.

En « ordre tout à fait subsidiaire », la partie adverse estime que le moyen est non fondé, dès lors que l'on n'aperçoit pas en quoi la Charte européenne interdirait de ne pas nommer un candidat bourgmestre à la fonction de bourgmestre lorsqu'il s'avère que ce candidat ne remplit pas les conditions de nomination.

### *Appréciation*

**37.** Les articles 7 et 8 de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 disposent ce qui suit :

« Article 7. Conditions de l'exercice des responsabilités au niveau local

1. Le statut des élus locaux doit assurer le libre exercice de leur mandat.
  2. Il doit permettre la compensation financière adéquate des frais entraînés par l'exercice du mandat ainsi que, le cas échéant, la compensation financière des gains perdus ou une rémunération du travail accompli et une couverture sociale correspondante.
  3. Les fonctions et activités incompatibles avec le mandat d'élu local ne peuvent être fixées que par la loi ou par des principes juridiques fondamentaux.
- Article 8. Contrôle administratif des actes des collectivités locales
1. Tout contrôle administratif sur les collectivités locales ne peut être exercé que selon les formes et dans les cas prévus par la Constitution ou par la loi.
  2. Tout contrôle administratif des actes des collectivités locales ne doit normalement viser qu'à assurer le respect de la légalité et des principes constitutionnels. Le contrôle administratif peut, toutefois, comprendre un contrôle de l'opportunité exercé par des autorités de niveau supérieur en ce qui concerne les tâches dont l'exécution est déléguée aux collectivités locales.
  3. Le contrôle administratif des collectivités locales doit être exercé dans le respect d'une proportionnalité entre l'ampleur de l'intervention de l'autorité de contrôle et l'importance des intérêts qu'elle entend préserver ».

Indépendamment de la question de savoir si les articles 7 et 8 de la Charte européenne de l'autonomie locale ont un effet direct dans l'ordre juridique belge et pourraient trouver à s'appliquer en l'espèce, force est de constater en tout cas que le point de vue du requérant selon lequel la mesure attaquée est disproportionnée, ne peut être suivi.

Le bourgmestre d'une commune située en Région flamande est nommé par le Gouvernement flamand parmi les conseillers élus de nationalité belge.

Par ailleurs, le bourgmestre n'est pas seulement le premier magistrat communal. Il est également compétent pour l'exécution de lois et décrets – en particuliers les lois et décrets de police –, il possède des compétences en matière de police administrative sur le territoire de sa commune et il en est le chef et l'autorité responsable en cette même matière.

Pour apprécier « l'ampleur de l'intervention de l'autorité de contrôle », il y a en plus lieu de tenir compte de l'étendue du choix que la législation applicable permet au Gouvernement flamand de faire entre différentes mesures. En l'espèce, il n'a que la possibilité de refuser la nomination ou de nommer le candidat bourgmestre.

Compte tenu de ces éléments, le fait que le Gouvernement flamand dispose de la possibilité de refuser la nomination d'un bourgmestre qui, selon lui, ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour être nommé bourgmestre, ne peut pas être considéré comme disproportionné.

Pour le surplus, le moyen se confond avec le cinquième moyen rejeté ci-dessus.

**38.** Le quatrième moyen est rejeté.

## *F. Sixième moyen*

### *Point de vue des parties*

**39.** Le requérant prend un sixième moyen de la violation des articles 84, 129, 127 à 140 de la Constitution, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', des articles 25, 26 et 61 de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, de l'article 3, § 1er, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État et de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'. Par ailleurs, il fait état d'une violation du « principe général de l'obligation de motivation interne et matérielle », d'une « erreur manifeste d'appréciation » et d'un « défaut de base légale ».

Le requérant soutient que l'arrêté attaqué est exclusivement fondé sur une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que la partie adverse avait unilatéralement imposée par voie de circulaire. Toutefois, cette circulaire est irrégulière, ce qui implique qu'elle doit être déclarée nulle ou, à tout le moins, doit être écartée en application de l'article 159 de la Constitution.

Dans une première branche du moyen, le requérant déclare que, par la circulaire concernée, la partie adverse entend imposer une nouvelle règle contraignante, de sorte que cette circulaire, en tant qu'acte réglementaire, aurait dû être soumise pour avis à la section de législation du Conseil d'État. À défaut d'un tel avis, cette circulaire s'avère irrégulière et doit être écartée en application de l'article 159 de la Constitution, la décision attaquée étant ainsi dénuée de fondement juridique ou à tout le moins basée sur un fondement juridique inexact et inadmissible.

Dans une deuxième branche du moyen, le requérant fait valoir que la circulaire précitée a été édictée sans que la Commission permanente de contrôle linguistique ait été consultée, nonobstant le fait que l'article 61, § 2, de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative prescrit que les ministres consultent la commission précitée sur toutes les affaires d'ordre général qui concernent l'application de cette législation. Selon le requérant, la circulaire précitée et l'arrêté attaqué fondé sur celle-ci sont dès lors nuls pour violation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative.

Dans une troisième branche du moyen, le requérant souligne que l'article 129 de la Constitution réserve au seul législateur fédéral le pouvoir de régler l'emploi des langues en matière administrative dans les communes à statut linguistique spécial. Selon lui, la partie adverse n'est dès lors pas compétente pour prendre des mesures relatives à l'emploi des langues dans les communes à facilités en imposant aux habitants de réitérer systématiquement leur souhait d'obtenir leurs documents en français.

Pour ce motif également, la circulaire précitée et l'arrêté attaqué fondé sur celle-ci sont illégaux.

Dans une quatrième branche du moyen, le requérant conteste le point de vue de la partie adverse selon lequel le ministre régional peut interpréter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, même s'il s'agit d'une matière pour laquelle son parlement n'est pas compétent. Selon le requérant, une interprétation correcte d'une loi fédérale ne peut être donnée que par le seul pouvoir législatif fédéral. L'opinion personnelle d'un ministre ne peut en aucun cas être comprise comme étant une interprétation de la loi qui s'impose à tous. À supposer, *quod non*, qu'il y ait lieu d'interpréter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative en ce sens qu'elle oblige à réitérer systématiquement le souhait d'obtenir les documents en français, seul le législateur fédéral aurait été fondé à imposer une telle interprétation et certainement pas l'autorité administrative régionale par la voie d'une circulaire. Selon le requérant, les autorités administratives fédérales continuent du reste à interpréter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative conformément au point de vue de la Commission permanente de contrôle linguistique, de sorte que le ministre de l'Intérieur envoie les convocations électorales en français aux habitants francophones des communes périphériques.

40. La partie adverse répond que l'arrêté attaqué ne fait pas application de l'une ou l'autre circulaire, mais met en oeuvre la compétence de l'autorité qui nomme les bourgmestres de la Région flamande. En l'espèce, cette autorité a jugé souverainement que le bourgmestre présenté ne remplit pas les conditions de nomination, au motif qu'il ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises pour agir en tant que représentant et personne de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements. Elle s'est fondée à cet égard sur plusieurs faits, qui suffisent par eux-mêmes. Certes, il a été rappelé que la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, que le requérant n'entend pas appliquer, doit être interprétée dans le sens confirmé par la circulaire, mais cela ne signifie pas que cette circulaire a été ou doit être appliquée en tant que telle, de sorte qu'il n'est pas non plus possible de ne pas l'appliquer conformément à l'article 159 de la Constitution. Tout au plus constitue-t-elle une norme politique permettant de garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement de situations comparables lorsque des actes administratifs individuels sont pris.

En « ordre subsidiaire », la partie adverse renvoie aux arguments développés à l'encontre du cinquième moyen.

### *Appréciation*

**41.** Ainsi qu'il a déjà été constaté ci-dessus, l'arrêté attaqué considère que le requérant ne possède ni les qualités ni l'autorité morales requises

pour être nommé à la fonction de bourgmestre, notamment pour le motif qu'en tant que membre et président du collège des bourgmestre et échevins, il a à nouveau participé à une décision qui enfreint la loi sur l'emploi des langues en matière administrative et qui est contraire aux arrêts rendus par le Conseil d'État en tant que juridiction administrative suprême.

L'arrêté attaqué se fonde à cet effet – en ce qui concerne l'envoi des convocations électorales – sur une interprétation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative que le ministre flamand des Affaires intérieures avait adoptée dans ses circulaires BA-97/22 du 16 décembre 1997 'relative à l'emploi des langues dans les administrations communales de la région de langue néerlandaise' et BA-2005/03 du 8 juillet 2005 'relative à l'emploi des langues dans les administrations communales et de C.P.A.S. ainsi que dans les structures de coopération intercommunale – interprétation et effets des arrêts du Conseil d'État du 23 décembre 2004'.

Toutefois, il n'en résulte nullement que ces circulaires, qui s'adressent toutes les deux aux gouverneurs de province et ensuite « pour information » – en ce qui concerne la première circulaire – aux collèges des bourgmestre et échevins et – en ce qui concerne la deuxième circulaire – aux collèges des bourgmestre et échevins, aux présidents des centres publics d'action sociale, aux présidents des structures de coopération intercommunale, aux organes représentatifs des cultes reconnus et aux députations permanentes, font également l'objet du présent recours, ni que l'arrêté attaqué appliquerait les circulaires précitées, de sorte que, selon le requérant, l'illégalité éventuelle de celles-ci impliquerait que le Conseil d'État doive en écarter l'application en vertu de l'article 159 de la Constitution.

Dans les première, deuxième et troisième branches du sixième moyen, le requérant fait dès lors valoir en vain que ces circulaires sont illégales au motif qu'elles n'ont été soumises à l'avis ni de la section de législation du Conseil d'État ni de la Commission permanente de contrôle linguistique ou au motif que la partie adverse n'est pas compétente pour prendre des mesures relatives à l'emploi des langues dans les communes à facilités.

Ces branches du moyen ne peuvent pas entraîner l'annulation de l'arrêté attaqué et sont dès lors irrecevables.

**42.** Dans la quatrième branche du moyen, le requérant conteste la compétence de la partie adverse pour interpréter la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, pour le motif qu'une interprétation correcte de la loi fédérale ne peut être donnée que par le seul pouvoir législatif fédéral.

En prenant l'arrêté attaqué, la partie adverse met en oeuvre sa compétence en matière de nomination des bourgmestres des communes



de la Région flamande. Dans l'exercice de cette compétence, elle est tenue de respecter la législation fédérale et en particulier les règles légales relatives à l'emploi des langues en matière administrative dans les communes périphériques. Si, ce faisant, une interprétation de ces règles légales s'impose, elle peut effectivement les interpréter, comme il a été jugé lors de l'examen du cinquième moyen.

La circonstance que l'article 84 de la Constitution prévoit que l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi n'y change rien, une telle interprétation par voie d'autorité faisant défaut en l'espèce.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'appréciation du cinquième moyen.

La quatrième branche du moyen n'est pas fondée.

**43.** Le sixième moyen n'est fondé dans aucune de ses branches.

## **DÉCISION**

**1. Le Conseil d'État rejette le recours.**

**2. Le Conseil d'État confirme la décision du ministre flamand des Affaires administratives, de l'Administration intérieure, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande de Bruxelles du 25 février 2013 refusant de nommer Damien Thiéry bourgmestre de la commune de Linkebeek.**

Le présent arrêt est prononcé à Bruxelles, en audience publique du vingt juin deux mille quatorze de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, composée comme suit :

MM. Roger STEVENS, Président,  
Yves KREINS, Premier Président,  
Michel HANOTIAU, Président de chambre,  
Dierk VERBIEST, Président de chambre,  
Michel LEROY, Président de chambre,  
Mme Odile DAURMONT, Président de chambre,  
MM. Philippe QUERTAINMONT, Président de chambre,  
Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre,  
Johan LUST, Président de chambre,  
Geert VAN HAEGENDOREN, Président de chambre,  
Geert DEBERSAQUES, Conseiller d'État,  
Eric BREWAEYS, Conseiller d'État,  
Mme Colette DEBROUX, Conseiller d'État,  
MM. Carlo ADAMS, Conseiller d'État,  
Bruno SEUTIN, Conseiller d'État,  
Imre KOVALOVSKY, Conseiller d'État,

Jan CLEMENT, Conseiller d'État,  
Mme Pascale VANDERNACHT, Conseiller d'État,  
MM. Michel PÂQUES, Conseiller d'État,  
Stephan DE TAEYE, Conseiller d'État,  
Luc CAMBIER, Conseiller d'État,  
Bert THYS, Conseiller d'État,  
Pierre BARRA, Conseiller d'État,  
Mme Diane DÉOM, Conseiller d'État,  
MM. Peter SOURBRON, Conseiller d'État,  
Yves HOUYET, Conseiller d'État,  
assistés de  
Mme Danièle LANGBEEN, Greffier en chef.

**Le Greffier en chef,  
Danièle Langbeen**

**Le Président,  
Roger Stevens**

Cour constitutionnelle de Belgique  
Question préjudicielle relative à la loi du 29 mai 1959 modifiant  
certaines dispositions de la législation de l'enseignement et à  
l'article 5 du décret de la Communauté française du 31 mars  
1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la  
Communauté  
Arrêt 34/2015  
12 mars 2015



*En cause* : la question préjudicielle relative à l'article 8 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement et à l'article 5 du décret de la Communauté française du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents J. Spreutels et A. Alen, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet et R. Leysen, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président J. Spreutels,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*  
\* \*

### *I. Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt n° 226.627 du 6 mars 2014 en cause de Carlo de Pascale et Véronique de Thier, agissant en qualité de représentants légaux de leur fille mineure Giulia de Pascale, contre la ville de Bruxelles et la Communauté française, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 9 avril 2014, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« En ce qu'ils n'impliqueraient pas le droit pour chaque parent d'obtenir sur simple demande, non autrement motivée, une dispense de suivre un enseignement de l'une des religions reconnues ou de morale non confessionnelle, l'article 8 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement dite loi sur le Pacte scolaire et l'article 5 du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté violent-ils les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution en créant une discrimination dans l'exercice des droits et libertés consacrés par les articles 19 et 24 de la Constitution éventuellement combinés avec l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et l'article 18, § 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et violent-ils de surcroît directement l'ensemble de ces dispositions ? ».

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- Carlo de Pascale et Véronique de Thier, assistés et représentés par Me E. Demartin, avocat au barreau de Bruxelles;
- la ville de Bruxelles (représentée par le collège des bourgmestre et échevins), assistée et représentée par Me M. Uyttendaele, avocat au barreau de Bruxelles;
- la Communauté française (représentée par la ministre de l'Education), assistée et représentée par Me S. Depré, avocat au barreau de Bruxelles.

Par ordonnance du 16 décembre 2014, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs P. Nihoul et E. Derycke, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 14 janvier 2015 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 14 janvier 2015.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## *II. Les faits et la procédure antérieure*

Le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation et d'une demande de suspension de l'exécution de la décision par laquelle la ville de Bruxelles refuse de dispenser la fille des parties requérantes, élève en quatrième année secondaire dans un établissement d'enseignement de la ville, de suivre un cours philosophique et, pour autant que de besoin, de la décision contenue dans un courrier de la ministre de l'Enseignement obligatoire adressé à la direction de l'établissement concerné sur lequel se fonde le premier acte attaqué. Les parties requérantes devant le Conseil d'Etat soutiennent avoir été contraintes contre leur gré d'inscrire leur fille au cours de morale non confessionnelle, pour ne pas mettre en péril la validation du certificat (CE2D) qui devait lui être délivré à l'issue de l'année scolaire.

Le Conseil d'Etat constate que le risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas démontré en l'espèce et rejette en conséquence la demande de suspension. Quant au fond, il fait droit à la demande des parties requérantes, soutenue par la ville de Bruxelles, d'interroger la Cour constitutionnelle et pose la question préjudicielle précitée.

## *III. En droit*

- A -

**A.1.1.** Les parties requérantes devant le Conseil d'Etat, agissant en qualité de parents et de représentants légaux de leur fille mineure, exposent qu'elles ont refusé de choisir, pour leur fille, un cours de religion ou de morale non confessionnelle et qu'elles ont sollicité pour elle, de la direction de l'établissement d'enseignement secondaire de la ville de Bruxelles qu'elle fréquente, une dispense d'assister à un cours philosophique. Elles ont expliqué, à l'appui de leur attitude, ne plus souhaiter que leurs choix en matière d'orientation philosophique éventuelle, qui ne devraient être que du ressort de leur vie

privée, soient connus de tous, par le biais de l'inscription à un cours et de la fréquentation de celui-ci.

**A.1.2.** Les parties requérantes devant le Conseil d'Etat font valoir que l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution se limite à imposer, dans ce domaine, une obligation aux écoles et s'abstient en revanche de toute exigence à l'égard des parents et des élèves. Elles observent par ailleurs qu'en son paragraphe 3, alinéa 2, le même article 24 institue un droit fondamental, à savoir le droit à une éducation morale et religieuse et, partant, le droit de suivre un cours de religion ou de morale. Elles se réfèrent à cet égard à l'arrêt n° 90/99 du 15 juillet 1999 de la Cour et à la doctrine et en déduisent qu'aucun élève n'est obligé par la Constitution de suivre des cours de morale ou de religion.

Elles relèvent que ce sont les articles 8 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement (ci-après : la loi du Pacte scolaire) et 5, alinéa 2, du décret de la Communauté française du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté qui créent le caractère obligatoire de la fréquentation de ce type de cours. Elles rappellent toutefois qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du Pacte scolaire qu'un régime de dispense, sur demande dûment motivée, existe en la matière et que des enfants de personnes se réclamant des Témoins de Jéhovah en ont bénéficié. Elles soulignent cependant qu'il n'existe pas de possibilité de dispense sur simple demande, non motivée.

**A.1.3.** Les parties requérantes devant le Conseil d'Etat considèrent qu'il y a lieu d'avoir égard, pour appréhender la question préjudicielle, à la notion de « morale non confessionnelle ». Elles font valoir que le système, qui impose un choix entre une religion reconnue et la « morale non confessionnelle », se fondait, à l'origine, sur le postulat selon lequel celle-ci revêtait un caractère neutre et résiduel. Elles considèrent que cette interprétation de la notion de « morale non confessionnelle » ne correspond pas à l'évolution du droit constitutionnel belge, laquelle a entraîné à leur estime une « confessionnalisation » de la « morale non confessionnelle ». Elles ajoutent que cette interprétation de la notion ne résiste pas non plus à l'analyse des faits. Elles soulignent que cette notion renvoie à la notion de « conception philosophique non confessionnelle » visée à l'article 181, § 2, de la Constitution, qui constitue une reconnaissance constitutionnelle de la laïcité, entendue comme une « philosophie » engagée impliquant l'adhésion à certaines valeurs.

Elles déduisent de ce qui précède qu'obliger les parents à choisir un cours de religion ou de morale engagée ou, pour en être dispensés, à motiver leur demande de dispense, contrevient à l'article 19 de la Constitution, à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 2 du Premier Protocole additionnel à cette Convention et à l'article 18, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dès lors qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que nul ne peut se voir contraint de suivre un enseignement qui ne correspond pas à ses convictions philosophiques ou religieuses. Elles en concluent que les dispositions en cause créent une différence de traitement injustifiée entre, d'une part, les parents des enfants qui sont en mesure de suivre des cours conformes à leurs convictions religieuses ou philosophiques et, d'autre part, les parents de ceux qui, à défaut d'accepter de dévoiler leur vie privée et leur conviction intime, sont tenus de suivre des cours non conformes à leurs convictions. Elles ajoutent que ces dispositions créent également une différence de traitement injustifiée entre, d'une part, les parents des enfants qui, en introduisant, au mépris de leur droit à la vie privée, une demande de dispense motivée par leur appartenance à une religion ou à une philosophie non reconnue, peuvent exceptionnellement se voir dispensés de suivre le cours de religion ou de morale « non confessionnelle » et, d'autre part, les parents des enfants qui, ne se retrouvant simplement dans aucun des choix de cours proposés, ne peuvent obtenir la dispense, à défaut de pouvoir dûment justifier leur demande.

**A.2.1.** La ville de Bruxelles, première partie adverse devant le Conseil d'Etat, déclare se trouver, en l'espèce, confrontée à une demande de parents qui ne lui paraît pas, *prima facie*, dénuée de pertinence, mais aussi à des dispositions de nature législative qui ne l'autorisent pas à satisfaire cette demande. Elle relève que la Communauté française a pour sa part adopté une position tranchée, de sorte qu'en donnant satisfaction à la demande des parents, la ville de Bruxelles aurait pris le risque de leur causer un préjudice irréparable, à savoir la non-validation de l'année d'études accomplie par leur fille. Elle ajoute qu'elle n'est pas convaincue par l'argumentation défendue par la Communauté française devant le Conseil d'Etat et qu'elle se rallie intégralement à la position des parents, parties requérantes devant cette juridiction.

**A.2.2.** La ville de Bruxelles estime que l'inscription, dans les écoles organisées par les pouvoirs publics, à un cours de religion ou au cours de morale non confessionnelle doit, pour être conforme à l'ensemble des normes visées dans la question préjudicielle, être totalement facultative et, subsidiairement, que si le choix de fréquenter un de ces cours devait être en principe obligatoire, chaque parent devrait pouvoir obtenir, sur simple demande non motivée, une dispense pour son enfant de suivre cet enseignement.

**A.2.3.** La ville de Bruxelles expose que l'article 24 de la Constitution fait correspondre à l'obligation pesant sur les établissements organisés par les pouvoirs publics d'offrir le choix entre un des cours de religion ou un cours de morale non confessionnelle, un droit fondamental dans le chef des élèves et de leurs parents. Elle fait valoir qu'un droit fondamental emporte par nature la faculté pour son bénéficiaire de ne pas en user, de sorte que nul n'est obligé, par la Constitution, de suivre l'un de ces enseignements. Elle précise que c'est donc bien le législateur, et non le Constituant, qui a imposé aux parents de choisir l'enseignement d'une des religions reconnues ou celui de la morale non confessionnelle.

**A.2.4.** La ville de Bruxelles considère que l'obligation de suivre un cours de religion ou un cours de morale non confessionnelle, sans dispense possible, ne pourrait être valablement imposée que s'il était établi qu'ils sont donnés de manière objective, critique et pluraliste. Elle cite à cet égard l'arrêt *Folgero e.a. c. Norvège*, rendu le 29 juin 2007 en grande chambre par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle fait valoir qu'en Communauté française, il est impossible que ces cours soient donnés de manière objective, critique et pluraliste, ne serait-ce que parce qu'en vertu de l'article 5, alinéa 1er, du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté, les titulaires de ces cours ne sont pas astreints aux mêmes obligations de neutralité que les titulaires des autres cours. Elle ajoute que par son arrêt n° 25.326 du 14 mai 1985, le Conseil d'Etat a reconnu que le cours de morale non confessionnelle n'est pas neutre, puisqu'il vise à défendre un système philosophique spécifique, de sorte qu'il ne peut constituer une alternative obligatoire pour l'élève qui ne pourrait adhérer au contenu de l'un ou l'autre des cours de religion offerts.

**A.3.1.** Le Gouvernement de la Communauté française estime que l'article 24, § 1er, alinéa 4, de la Constitution n'est pas explicite sur la question de savoir si à l'obligation d'offrir un cours de religion ou de morale non confessionnelle existant dans le chef des établissements d'enseignement organisés par les pouvoirs publics correspond une obligation dans le chef des élèves de suivre soit un cours de religion, soit un cours de morale. Il considère qu'il convient de placer le texte constitutionnel dans un contexte plus large et que le droit de choisir entre l'éducation religieuse et l'éducation non confessionnelle est lié à l'obligation scolaire. Il se réfère aux travaux préparatoires de l'article 24 de la Constitution ainsi qu'à un avis n° 48.023/AG rendu le 20 avril 2010 par la section de législation du Conseil d'Etat. Il en déduit que l'article 24, § 1er, alinéa 4, de la Constitution impose une obligation de principe aux parents et aux élèves : ces derniers doivent suivre soit un cours de religion reconnue, soit un cours de morale non confessionnelle.



**A.3.2.** Le Gouvernement de la Communauté française considère que cette obligation doit se concilier avec le respect des dispositions citées par la question préjudicielle, qui consacrent le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et qui imposent le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents. Il fait valoir que c'est en vue de respecter ces principes qu'a été créé, à côté des cours de religion, un cours de morale non confessionnelle, qui est un cours résiduel convenant à tous ceux qui n'adhèrent pas à l'une des religions reconnues. Il soutient que si ce cours est réellement neutre, les élèves peuvent être contraints de le suivre et que ce n'est que s'il apparaît que ce cours est orienté et que cette orientation ne convient pas aux parents qu'il peut être éventuellement question d'une méconnaissance des dispositions mentionnées dans la question préjudicielle. Il se réfère aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Folgero et autres c. Norvège*, précité, et *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, du 9 octobre 2007 et conclut que le caractère obligatoire du cours de religion ou de morale non confessionnelle ne porte pas atteinte, en lui-même, aux droits que les parents tiennent des dispositions visées par la question préjudicielle mais que le respect de ces droits dépend du contenu effectif du cours de morale non confessionnelle.

**A.3.3.** Le Gouvernement de la Communauté française estime que les parties requérantes devraient exposer en quoi le cours litigieux est orienté ou n'est pas totalement neutre, ce qui ne les obligerait pas, du reste, à exposer quelles sont leurs convictions personnelles ou en quoi le contenu du cours n'est pas compatible avec ces convictions.

**A.3.4.** En l'espèce, le Gouvernement de la Communauté française considère que la question du contenu effectif du cours de morale non confessionnelle en Communauté française est étrangère à la procédure devant la Cour et que ce n'est pas à elle, mais bien au juge *a quo*, qu'il revient d'apprécier *in concreto* si le cours litigieux est ou n'est pas orienté.

**A.4.1.** Les parties requérantes devant le Conseil d'Etat répondent que le texte de l'article 24 de la Constitution est clair et n'a donc pas à être interprété. Elles soulignent que toutes les parties s'accordent à reconnaître que des dispenses de suivre les cours de religion ou de morale peuvent être octroyées et précisent dès lors que l'objet de la question préjudicielle consiste à déterminer si le fait que cette demande de dispense doit être motivée est contraire aux droits et libertés qui constituent les normes de référence citées par la question préjudicielle. Elles estiment que pour répondre à cette question, il faut déterminer si le cours de morale non confessionnelle est ou non un cours neutre. Elles considèrent qu'il est évident que ce cours n'est pas neutre ou à tout le moins qu'il n'est pas tenu de l'être, dès lors, notamment, que l'article 5, alinéa 1er, du décret du 31 mars 1994 permet aux enseignants des cours de religion et de morale d'exprimer leurs convictions et donc d'adopter « une attitude prosélyte ».

**A.4.2.** Les parties requérantes soulignent que la Communauté française admet elle-même que s'il est démontré que le cours de morale non confessionnelle n'est pas un cours neutre, les dispositions mentionnées par la question préjudicielle sont effectivement violées. Elles concluent de leur démonstration qu'il convient donc, soit que l'inscription au cours de religion ou de morale soit rendue facultative, soit qu'une alternative neutre soit offerte parallèlement aux cours aujourd'hui proposés, soit encore que des dispenses puissent être accordées sur demande non motivée. A ce sujet, elles répondent à la Communauté française que si un système de dispense est organisé, c'est justement parce que le cours de morale non confessionnelle n'est pas neutre et qu'il n'est dès lors pas pertinent de demander aux parents de démontrer en quoi ce cours n'est pas neutre. Elles ajoutent que dès lors qu'elles ont démontré que l'absence de neutralité du cours concerné résulte du régime applicable à ce cours, il n'est pas pertinent de demander en outre qu'elles démontrent *in concreto* que les cours de morale non confessionnelle sont effectivement dispensés de manière engagée.

**A.5.1.** La ville de Bruxelles répond que la portée de l'article 24 de la Constitution est de créer l'obligation d'organiser un cours de religion correspondant aux religions reconnues et un cours de morale non confessionnelle dans le chef des établissements d'enseignement, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, et un droit corrélatif dans le chef des élèves soumis à l'obligation scolaire de bénéficier d'un tel enseignement. Elle estime que l'avis n° 48.023/AG rendu le 20 avril 2010 par la section de législation du Conseil d'Etat, cité par le Gouvernement de la Communauté française, ne contredit pas ce point de vue. Elle ajoute qu'il est certain que l'obligation qui pèse actuellement sur les élèves de choisir un des cours et de le suivre résulte de normes que la Cour a le pouvoir de contrôler.

**A.5.2.** La ville de Bruxelles estime que le caractère non neutre du cours de morale non confessionnelle est d'ores et déjà démontré en droit. Elle n'aperçoit du reste pas pourquoi la Cour constitutionnelle serait moins autorisée que le Conseil d'Etat à tenir compte d'éléments factuels qui lui seraient communiqués. Elle répète que le cours de morale non confessionnelle est un cours aussi engagé que les cours de religion et que le fait que les parents et élèves se trouvent obligés de motiver leur demande de dispense leur impose de dévoiler leurs convictions religieuses ou philosophiques, ce qui est contraire aux dispositions citées par la question préjudicielle et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle cite à cet égard l'arrêt *Mansur Yalçın et autres c. Turquie* du 16 septembre 2014.

**A.6.1.** Le Gouvernement de la Communauté française soutient en réponse que le droit fondamental garanti aux élèves et à leurs parents par l'article 24 de la Constitution n'est pas le droit de suivre ou de ne pas suivre un cours déterminé, mais bien le droit de faire un choix entre deux catégories de cours. Ce droit doit être compris, d'après lui, à la lumière de l'obligation scolaire. Il ajoute que le caractère obligatoire du cours en question découle donc de la Constitution elle-même. Il souligne que ni la ville de Bruxelles ni les parties requérantes devant le Conseil d'Etat ne contestent le principe du caractère obligatoire d'un cours de religion ou du cours de morale non confessionnelle.

**A.6.2.** Il répond à la ville de Bruxelles que les normes de référence n'impliquent nullement le caractère purement et simplement facultatif du cours de religion ou du cours de morale non confessionnelle et considère que la question d'une dispense éventuelle ne peut se poser que pour des raisons liées au respect de la vie privée et au respect de la liberté de pensée et de religion.

- B -

**B.1.1.** La question préjudicielle porte sur l'article 8 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement (dite « loi sur le Pacte scolaire ») et sur l'article 5 du décret du 31 mars 1994 de la Communauté française définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté (ci-après : le décret du 31 mars 1994).

**B.1.2.** L'article 8 de la loi du 29 mai 1959 précitée dispose :

« Dans les établissements officiels ainsi que dans les établissements pluralistes d'enseignement primaire et secondaire de plein exercice, l'horaire hebdomadaire comprend deux heures de religion et deux heures de morale.  
Dans les établissements libres subventionnés se réclamant d'un caractère confessionnel, l'horaire hebdomadaire comprend deux heures de la religion correspondant au caractère de l'enseignement.

Par enseignement de la religion, il faut entendre l'enseignement de la religion (catholique, protestante, israélite, islamique ou orthodoxe) et de la morale inspirée par cette religion. Par enseignement de la morale, il faut entendre l'enseignement de la morale non confessionnelle.

Le chef de famille, le tuteur ou la personne à qui est confiée la garde de l'enfant est tenu, lors de la première inscription d'un enfant, de choisir pour celui-ci, par déclaration signée, le cours de religion ou le cours de morale.

Si le choix porte sur le cours de religion, cette déclaration indiquera explicitement la religion choisie.

Le modèle de la déclaration relative au choix de la religion ou de la morale est arrêté par le Roi. Cette déclaration mentionne expressément

- a) la liberté entière que la loi laisse au chef de famille;
- b) l'interdiction formelle d'exercer sur lui une pression quelconque à cet égard et les sanctions disciplinaires dont cette interdiction est assortie;
- c) la faculté laissée au chef de famille de disposer d'un délai de trois jours francs pour restituer la déclaration dûment signée.

Il est loisible à l'auteur de cette dernière de modifier son choix au début de chaque année scolaire ».

**B.1.3.** L'article 5 du décret du 31 mars 1994 précité dispose :

« Les titulaires des cours de religions reconnues et de morale inspirée par ces religions, ainsi que les titulaires des cours de morale inspirée par l'esprit de libre examen, s'abstiennent de dénigrer les positions exprimées dans les cours parallèles.

Les cours visés à l'alinéa précédent, là où ils sont légalement organisés, le sont sur un pied d'égalité. Ils sont offerts au libre choix des parents ou des étudiants. Leur fréquentation est obligatoire ».

Ainsi que l'indique le Conseil d'Etat dans son arrêt de renvoi, cette disposition est applicable à la ville de Bruxelles en tant que pouvoir organisateur d'un enseignement officiel subventionné, dès lors qu'elle a adhéré aux principes du décret du 31 mars 1994 en application de son article 7.

**B.2.1.** Le Conseil d'Etat interprète les deux dispositions en cause en ce sens qu'elles ne permettent pas aux parents d'obtenir sur simple demande, non autrement motivée, une dispense pour leurs enfants mineurs de suivre l'enseignement d'une des religions reconnues ou celui de la morale non confessionnelle.

**B.2.2.** La Cour est invitée à contrôler la compatibilité de ces dispositions, ainsi interprétées, avec les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution, en ce qu'elles créeraient une discrimination dans l'exercice des droits et libertés garantis par les articles 19 et 24 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à cette Convention et avec l'article 18, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle est également invitée à contrôler directement la compatibilité des dispositions en cause avec les droits et libertés garantis par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées.

**B.3.1.** L'article 19 de la Constitution dispose :

« La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

**B.3.2.** L'article 24 de la Constitution dispose :

« § 1er. L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi ou le décret.

La communauté assure le libre choix des parents.

La communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

§ 2. Si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

§ 3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire.

Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la communauté, à une éducation morale ou religieuse.

§ 4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

§ 5. L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret ».

**B.3.3.** L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

**B.3.4.** L'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement,

respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

**B.3.5.** L'article 18, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

**B.4.1.** L'article 24, § 1er, alinéa 4, de la Constitution, en imposant aux pouvoirs publics, qui organisent des écoles, d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle, a défini un droit fondamental. A ce droit fondamental reconnu aux parents et aux élèves, correspond dans le chef des pouvoirs publics organisant un enseignement l'obligation d'organiser les cours de religion et de morale non confessionnelle.

**B.4.2.** S'il résulte de certaines déclarations faites au cours des travaux préparatoires relatifs à la révision de l'article 24 (alors numéroté 17) de la Constitution que les ministres en charge de l'Education nationale avaient l'intention de maintenir, pour les parents et les élèves, le caractère obligatoire du choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues ou celui de la morale non confessionnelle, il ressort également des mêmes travaux préparatoires que le Constituant n'a pas inscrit ce caractère obligatoire dans le texte même de l'article 24, de sorte qu'il a laissé aux communautés « la possibilité de décréter si, dans l'enseignement organisé par le pouvoir public, ce choix est obligatoire » (*Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 100-1/1°*, p. 4; voy. également *Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 100-1/2°*, p. 80, *Doc. parl., Chambre, S.E. 1988, n° 10/17 - 455/4*, pp. 21 et 36).

**B.4.3.** Contrairement à ce que soutient le Gouvernement de la Communauté française, l'obligation d'effectuer un choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle et l'obligation d'assister à l'un de ces cours ne découlent donc pas de l'article 24 de la Constitution, mais bien des dispositions légale et décrétable au sujet desquelles la Cour est interrogée.

**B.5.1.** En vertu de l'article 24, § 3, de la Constitution, chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. Parmi ces droits fondamentaux figure le droit des parents, garanti notamment par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, de faire assurer l'enseignement dispensé par les pouvoirs publics à leurs enfants dans le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques.

**B.5.2.** Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « l'article 2 du Protocole n° 1 ne permet pas de distinguer entre l'instruction religieuse et les autres disciplines. C'est dans l'ensemble du programme de l'enseignement public qu'il prescrit à l'Etat de respecter les convictions, tant religieuses que philosophiques, des parents » (CEDH, grande chambre, 29 juin 2007, *Folgero et autres c. Norvège*, § 84; 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, § 48).

Au sujet des programmes, la Cour européenne indique :

« La définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des Etats contractants. Il s'agit, dans une large mesure, d'un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer et dont la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques. En particulier, la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique. Elle n'autorise pas même les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire, sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable.

La seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 implique en revanche que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser » (CEDH, grande chambre, 29 juin 2007, *Folgero et autres c. Norvège*, § 84; 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, §§ 51-52).

**B.5.3.** La Cour européenne précise encore que la seconde phrase de l'article 2 du Premier Protocole additionnel donne aux parents « le droit d'exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques dans l'enseignement du fait religieux » et en conclut que « dès lors qu'un Etat contractant intègre l'enseignement du fait religieux dans les matières des programmes d'étude, il faut alors, autant que faire se peut, éviter que les élèves ne se retrouvent face à des conflits entre l'éducation religieuse donnée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents » (CEDH, 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, § 71; 16 septembre 2014, *Mansur Yalçın et autres c. Turquie*, § 72).

**B.6.1.** Sans qu'il soit nécessaire d'examiner concrètement le contenu du cours de morale non confessionnelle tel qu'il est dispensé dans l'établissement d'enseignement fréquenté par la fille des parties requérantes devant le juge *a quo*, ce qui, ainsi que le fait valoir le Gouvernement de la Communauté française, ne relèverait pas de la compétence de la Cour, il s'impose de relever que l'évolution du cours de morale non confessionnelle est à mettre en parallèle avec la révision, le 5 mai 1993, de l'article 117 (actuellement 181) de la Constitution, consacrant la reconnaissance constitutionnelle des « organisations

reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle » et mettant « sur un pied d'égalité les délégués de la communauté philosophique non confessionnelle et ceux des diverses communautés religieuses » (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, 100-3/1<sup>o</sup>, p.3).

**B.6.2.** En outre, les titulaires des cours de religion et les titulaires du cours de morale sont, en ce qui concerne leurs obligations relatives à la neutralité de l'enseignement communautaire ou de l'enseignement officiel subventionné, soumis aux mêmes dispositions décrétales, dispositions qui s'écartent en revanche des obligations imposées à cet égard aux enseignants titulaires de toutes les autres disciplines.

En effet, alors que ces derniers doivent notamment « [traiter] les questions qui touchent la vie intérieure, les croyances, les convictions politiques ou philosophiques [et] les options religieuses de l'homme, en des termes qui ne peuvent froisser les opinions et les sentiments d'aucun des élèves » et « [refuser] de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique quel qu'il soit » (article 4 du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et article 5 du décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement), la seule obligation s'imposant aux titulaires des cours de religion et de morale est de s'abstenir de « dénigrer les positions exprimées dans les cours parallèles » (article 5 du décret du 31 mars 1994 et article 6 du décret du 17 décembre 2003).

**B.6.3.** Par ailleurs, le cours de morale n'est pas intitulé dans l'article 5 en cause du décret du 31 mars 1994, « cours de morale non confessionnelle », mais bien « cours de morale inspirée par l'esprit de libre examen ».

Les développements de la proposition de décret à l'origine du décret du 31 mars 1994 indiquent :

« Nous reprenons à la loi du 29 mai 1959 le nécessaire prolongement moral du cours de religion. Conformément à l'évolution du cours de morale non confessionnelle et au vœu de ses promoteurs, il est clairement indiqué que ce cours est inspiré par l'esprit de libre examen. Selon les auteurs, l'expression 'morale non confessionnelle' constitue une définition en creux ; elle revient à définir le cours par rapport à ce qu'il n'est pas. L'expression 'morale inspirée par l'esprit de libre examen' implique une vision positive » (*Doc. parl.*, Conseil de la Communauté française, 1993-1994, n°143/1, p.7).

**B.6.4.** Il découle de ce qui précède que le législateur décretal permet que le cours de morale non confessionnelle, qu'en vertu de l'article 24 de la Constitution, les pouvoirs publics organisant un enseignement sont tenus d'offrir au choix des parents et des élèves, soit un cours engagé et qu'il autorise le titulaire de ce cours à témoigner en faveur d'un système philosophique déterminé.

**B.6.5.** Il s'ensuit que le cadre décrétoal tel qu'il existe actuellement en Communauté française ne garantit pas que les cours de religion et de morale non confessionnelle offerts au choix des parents, tels qu'ils sont régis par les dispositions pertinentes, diffusent des informations ou connaissances de manière à la fois « objective, critique et pluraliste » conformément à la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme.

**B.7.1.** Dans cette situation, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précitée que, pour que soit assuré le droit des parents à ce que leurs enfants ne soient pas confrontés à des conflits entre l'éducation religieuse ou morale donnée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques des parents, les élèves doivent pouvoir être dispensés de l'assistance au cours de religion ou de morale.

**B.7.2.** En outre, afin de protéger leur droit à ne pas divulguer leurs convictions religieuses ou philosophiques, qui relèvent avant tout du for intérieur de chacun (CEDH, 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin* c. Turquie, § 73), la démarche à accomplir en vue d'obtenir cette dispense ne pourrait imposer aux parents de motiver leur demande de dispense et de dévoiler ainsi leurs convictions religieuses ou philosophiques (CEDH, 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin* c. Turquie, § 76; 16 septembre 2014, *Mansur Yalçın et autres* c. Turquie, §§ 76-77).

**B.8.** La question préjudicielle appelle une réponse positive.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Interprétés comme n'impliquant pas le droit pour un parent d'obtenir sur simple demande, non autrement motivée, une dispense pour son enfant de suivre l'enseignement d'une des religions reconnues ou celui de la morale non confessionnelle, l'article 8 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement et l'article 5 du décret de la Communauté française du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté violent l'article 24 de la Constitution, combiné avec l'article 19 de la Constitution et avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 12 mars 2015.



Le président, J. Spreutels  
Le greffier, P.-Y. Dutilleux



Cour européenne des droits de l'homme  
Baka contre Hongrie  
Requête 20261/12  
23 juin 2016



## **En l'affaire Baka c. Hongrie,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Luis López Guerra, président,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Ganna Yudkivska,  
Vincent A. De Gaetano,  
Angelika Nußberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
Helen Keller,  
Paul Lemmens, juges,  
Helena Jäderblom, juge ad hoc,  
Aleš Pejchal,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović,  
Dmitry Dedov, juges,  
et de Johan Callewaert, greffier adjoint de la Grande Chambre,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 17 juin 2015 et le 14 mars 2016,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

### **PROCÉDURE**

**1.** À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 20261/12) dirigée contre la Hongrie et dont un ressortissant de cet État, M. András Baka (« le requérant »), a saisi la Cour le 14 mars 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

**2.** Le requérant a été représenté par Me A. Cech, avocat à Budapest. Le gouvernement hongrois (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. Z. Tallódi, du ministère de la Justice.

**3.** Dans sa requête, M. Baka alléguait en particulier qu'il n'avait pas eu accès à un tribunal pour contester la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême. Il se plaignait également d'avoir été relevé de ses fonctions parce qu'il avait publiquement, en sa qualité de président de la Cour suprême, pris position ou exprimé un avis sur divers aspects de réformes législatives qui concernaient les tribunaux. Il invoquait les articles 6 § 1 et 10 de la Convention.

**4.** La requête fut attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement).

**5.** À la suite du départ de M. A. Sajó, juge élu au titre de la Hongrie (article 28 du règlement), le Gouvernement désigna Mme Helena Jäderblom, juge élue au titre de la Suède, pour siéger à sa place (article 26 § 4 de la Convention et article 29 § 1 a) du règlement tel qu'il était alors en vigueur).

**6.** Le 27 mai 2014, une chambre de ladite section composée de Guido Raimondi, président, Işıl Karakaş, Nebojša Vučinić, Helena Jäderblom, Egidijus Kūris, Robert Spano et Jon Fridrik Kjølbro, juges, ainsi que d'Abel Campos, greffier adjoint de section, rendit un arrêt dans lequel elle concluait, unanime, à la violation des articles 6 § 1 et 10 de la Convention.

**7.** Le 27 août 2014, le Gouvernement sollicita le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention. Le 15 décembre 2014, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

**8.** La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

**9.** Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont également été reçues du Comité Helsinki hongrois, de l'Union hongroise pour les libertés civiles, de l'Institut Eötvös Károly, de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme basée en Pologne et de la Commission internationale des juristes, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite en tant que parties intervenantes (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

**10.** Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 17 juin 2015 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.Z. Tallódi, ministère de la Justice, agent,  
Mme M. Weller, ministère de la Justice, co-agente ;

– *pour le requérant*

MM. A. Cech, avocat exerçant à Budapest, conseil,  
E. Látrány, avocat exerçant à Budapest, conseiller.

La Cour a entendu MM. Cech et Tallódi en leurs déclarations.

## EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Le requérant est né en 1952 ; il réside à Budapest.

**A. Élection du requérant à la présidence de la Cour suprême et aperçu de ses fonctions**

**12.** Le 22 juin 2009, après avoir été juge à la Cour européenne des droits de l'homme pendant dix-sept ans (de 1991 à 2008) puis membre de la cour d'appel de Budapest pendant plus d'un an, il fut élu président de la Cour suprême par le parlement hongrois (décision no 55/2009 (VI.24) OGY) pour un mandat de six ans dont l'échéance était fixée au 22 juin 2015.

**13.** Sa mission comportait à la fois des tâches de type managérial et des tâches judiciaires. Il présidait ainsi les délibérations dans les affaires appelant soit une résolution d'uniformisation de la jurisprudence, soit une résolution de principe. Il présidait également le Conseil national de la justice. Cette deuxième fonction avait été ajoutée aux missions du président de la Cour suprême en 1997 par la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux (loi LXVI de 1997). La loi disposait expressément qu'en tant que plus haut responsable du Conseil national de la justice, le président de la Cour suprême avait l'obligation de donner un avis sur les projets et propositions de loi concernant les tribunaux, après avoir recueilli et synthétisé les opinions de différentes juridictions par le biais du bureau du Conseil national de la Justice (paragraphe 44 ci-dessous).

**14.** Le 13 octobre 2011, l'assemblée générale du Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne élit le requérant président du Réseau pour un mandat de deux ans (2011-2013).

**B. Déclarations et prises de positions exprimées publiquement par le requérant sur les réformes législatives qui concernaient les tribunaux**

**15.** En avril 2010, l'alliance entre Fidesz–Magyar Polgári Szövetség (Fidesz–Union civique hongroise – ci-après « le Fidesz ») et le Parti populaire démocrate-chrétien (« le KDNP ») obtint la majorité des deux tiers des voix au Parlement et engagea un vaste programme de réformes constitutionnelles et législatives. En sa qualité de président de la Cour suprême et du Conseil national de la justice, le requérant exprima son opinion sur différents aspects des réformes législatives qui concernaient les tribunaux, notamment sur le projet de loi dit « d'annulation », sur celui qui modifiait l'âge de départ à la retraite des juges, sur les amendements apportés au code de procédure pénale et sur le projet réformant l'organisation et l'administration des tribunaux.

**16.** Le 12 février 2011, le porte-parole du requérant expliqua au journal *Népszabadság* quelle était la position du président de la Cour suprême sur le projet de loi (qui devint la loi XVI de 2011 portant annulation des condamnations définitives prononcées à la suite des dispersions de manifestants à l'automne 2006) :

« Le projet de loi prévoyant l'annulation de certaines décisions judiciaires prononcées après les émeutes de 2006 est source de préoccupation car il porte atteinte à la libre appréciation des éléments de preuve par les juges. Un grave problème de constitutionnalité est ici en cause. (...) Le pouvoir judiciaire effectue un contrôle purement professionnel du projet de loi et se tient à l'écart du débat politique. András Baka [le requérant], le président du Conseil national de la justice, espère que le Parlement adoptera une technique juridique apte à faire disparaître le problème d'inconstitutionnalité ».

**17.** Le 8 mars 2011, le lendemain de l'adoption du projet de loi, István Balsai (député du Fidesz, qui présidait à l'époque la commission parlementaire sur les questions constitutionnelles, judiciaires et relatives au règlement intérieur) répondit lors d'une conférence de presse aux critiques formulées par le pouvoir judiciaire : « Il a été dit que la solution législative adoptée était fâcheuse. Eh bien, je trouve quant à moi fâcheux qu'un magistrat, quelle que soit sa position, essaie d'influencer comme cela le processus législatif ».

**18.** Le 24 mars 2011, à l'occasion d'un discours prononcé devant le Parlement dans le cadre du débat portant sur le projet de Loi fondamentale de la République de Hongrie (la nouvelle Constitution), le requérant se prononça sur certains aspects de la réforme constitutionnelle envisagée qui concernaient les tribunaux, notamment le nouveau nom – Kúria – qui était attribué à la Cour suprême, les nouveaux pouvoirs confiés à la Kúria en matière d'harmonisation jurisprudentielle, la gestion organisationnelle de la justice, le fonctionnement du Conseil national de la justice et l'introduction d'un recours constitutionnel contre les décisions judiciaires.

**19.** Le 7 avril 2011, en réponse à la proposition, contenue à l'article 26 § 2 de la Loi fondamentale, d'abaisser l'âge du départ obligatoire à la retraite pour les juges (de soixante-dix à soixante-deux ans, âge prévu par le régime général), le requérant et d'autres présidents de juridictions adressèrent à différents acteurs du processus de réforme constitutionnelle (le président de la République, le Premier ministre, le président du Parlement) une lettre dans laquelle ils exposaient les risques que cette proposition de réforme comportait pour la justice. Ils soulignaient que, en empêchant les juges de rester en fonction jusqu'à l'âge de soixante-dix ans, la règle proposée contraindrait un dixième des juges hongrois (274 personnes) à mettre prématurément fin à leur carrière en 2012, avec toutes les conséquences que cela emporterait pour le fonctionnement de l'appareil judiciaire et la durée des procédures en cours.



**20.** Dans la matinée du 11 avril 2011 (jour du vote des propositions portant modification de l'âge de départ à la retraite des juges), le requérant adressa au Premier ministre une lettre dans laquelle il expliquait que la réforme proposée était à la fois humiliante et injustifiable sur le plan professionnel, qu'elle portait atteinte au principe fondamental d'indépendance de la justice ainsi qu'au statut et au principe d'inamovibilité des juges et qu'elle était également discriminatoire en ce qu'elle ne visait que les juges. Il rejetait les accusations prêtant à ceux-ci des penchants en faveur de telle ou telle idéologie politique et ajoutait :

« Il est (...) inacceptable qu'un parti politique ou la majorité parlementaire imposent des exigences politiques au pouvoir judiciaire et qu'ils évaluent les juges à l'aune de critères politiques. »

Dans sa lettre, le requérant demandait au Premier ministre d'user de son influence pour empêcher le Parlement d'adopter la proposition. Le même jour, cependant, le Parlement adopta la proposition de réforme (voir le droit et la pratique internes pertinents ci-dessous).

**21.** Le 14 avril 2011, un communiqué conjoint fut adressé aux citoyens de la Hongrie et de l'Union européenne par la formation plénière de la Cour suprême, le requérant en sa qualité de président du Conseil national de la justice et les présidents des tribunaux régionaux et de district. Il plaidait pour l'autonomie et l'indépendance de la justice et critiquait le nouvel âge de départ obligatoire à la retraite imposé aux juges ainsi que la proposition de modification du modèle d'autogouvernance incarné par le Conseil national de la justice. Les extraits pertinents du communiqué se lisent comme suit :

« Selon la proposition, l'âge de départ obligatoire à la retraite pour les juges sera abaissé de huit ans à compter du 1er janvier 2012. En conséquence, il sera mis fin aux mandats de 228 juges (dont 121 juges chargés de l'administration des tribunaux et de l'encadrement professionnel) le jour même, sans aucune période de transition, au motif que les intéressés ont atteint l'âge de soixante-deux ans. Au 31 décembre 2012, 46 autres juges devront mettre un terme à leur carrière. Du fait de cette décision, la durée des procédures judiciaires s'allongera sensiblement (il faudra réattribuer près de 40 000 affaires, ce qui pourrait retarder de plusieurs années des procédures concernant des dizaines de milliers de justiciables). L'administration des tribunaux sera gravement entravée, car il est extrêmement difficile de remplacer des dizaines de juges qui partent à la retraite.

Les effets multiples de la mise à la retraite forcée, sans réelle justification, de juges hautement qualifiés ayant plusieurs années d'expérience et de pratique, et dont la plupart sont au sommet de la hiérarchie, ébranleront profondément le fonctionnement du système judiciaire – sans parler d'autres conséquences imprévisibles. De plus, la proposition est injuste et humiliante à l'égard des personnes concernées, qui ont prêté le serment de servir la République et d'administrer la justice et qui ont consacré leur vie à leur vocation judiciaire.

Il est incompréhensible que la question de l'âge de la retraite des juges doive faire l'objet de dispositions dans la Loi fondamentale. Il n'y a à cela qu'une explication : l'intégration de cette question dans la Loi fondamentale supprimera toute possibilité

de contester devant la Cour constitutionnelle cette règle juridique, qui porte atteinte aux principes fondamentaux d'un État de droit démocratique.

Une mesure aussi injustifiée suggère une motivation politique. »

**22.** Le 14 juin 2011, le projet de loi no T/3522 portant modification de certaines dispositions législatives concernant la procédure judiciaire et le système judiciaire (notamment le code de procédure pénale) fut présenté au Parlement. À la demande du requérant, la chambre pénale de la Cour suprême établit une analyse du projet de loi, qui fut communiquée aux députés. Le 4 août 2011, comme aucune modification de fond n'avait été apportée au projet avant son adoption le 4 juillet 2011 comme loi LXXXIX de 2011, le requérant décida de saisir la Cour constitutionnelle d'une demande de contrôle du texte, qu'il estimait violer la Constitution et diverses obligations résultant de traités internationaux ; c'était la première fois dans l'histoire de la Hongrie qu'un président de la Cour suprême faisait usage de ce pouvoir. Par un arrêt (no 166/2011.(XII. 20.) AB) du 19 décembre 2011, la Cour constitutionnelle déclara les dispositions litigieuses contraires à la Constitution et les annula (notamment celle relative au droit pour le procureur général de déterminer la compétence d'une juridiction en dérogeant aux règles de droit commun).

**23.** Enfin, le 26 octobre 2011, le requérant adressa au Parlement une analyse détaillée de deux nouveaux projets de lois organiques : l'un concernant l'organisation et l'administration des tribunaux (no T/4743) et l'autre le statut juridique et la rémunération des juges (no T/4744). Le rapport explicatif qui accompagnait ces projets de loi indiquait qu'il était proposé de supprimer le Conseil national de la justice et de le remplacer par un Office judiciaire national et un Conseil judiciaire national. L'objet de ces propositions était de séparer les fonctions judiciaires et managériales, qui avaient été « réunies » en la personne du président de la Cour suprême, lequel présidait aussi le Conseil national de la justice. La réforme proposée visait à concentrer les tâches de management judiciaire entre les mains du président du nouvel Office judiciaire national, tout en laissant au président de la Cour suprême (rebaptisée de son appellation historique « Kúria ») la responsabilité de veiller à ce que la justice soit administrée de manière uniforme.

Le requérant décida par ailleurs de s'exprimer directement devant le Parlement, ainsi que le lui permettait l'article 45 § 1 de la résolution parlementaire 46/1994 (IX.30) OGY sur le règlement du Parlement. Dans son discours, prononcé le 3 novembre 2011, il fit part de ses inquiétudes au sujet de la législation envisagée. Il déclara que celle-ci ne traitait pas les problèmes structurels du système judiciaire mais qu'elle les laissait à « l'appréciation de l'organe directeur d'une administration externe (le président de l'Office judiciaire national, appelé à remplacer le Conseil national de la justice dans la gestion des tribunaux), auquel des pouvoirs

excessifs et sans précédent en Europe [seraient] conférés sans obligation adéquate de rendre des comptes ». Le requérant qualifia de « contraires à la Constitution » les nouveaux pouvoirs auxquels il faisait référence (pouvoir de nommer les juges et les chefs de juridiction, pouvoir de rendre des décisions à valeur normative et pouvoir de désigner la juridiction compétente dans une affaire donnée). Il déclara à cet égard :

« Ce pouvoir illimité, opaque et incontrôlable ne connaît pas d'équivalent dans l'Europe actuelle (...) Le fait qu'une autorité centralisée comme celle-là se voie reconnaître des prérogatives et une liberté de manœuvre aussi larges est sans précédent, même dans des pays où l'administration du système judiciaire relève du ministre de la Justice et même si l'on songe à la dictature socialiste, dans les dernières années de laquelle Kálmán Kulcsár, membre de l'Académie des sciences et ministre de la Justice responsable de l'administration du système judiciaire, déclarait qu'il ne nommerait que des personnes recommandées par les organes ordinaires de la magistrature. »

Pour finir, le requérant souleva à nouveau dans son discours la question du nouvel âge de départ à la retraite des juges qui, selon lui, aurait de graves conséquences sur la Cour suprême. Il déclara par ailleurs qu'il n'avait pas été tenu compte de la nécessité pour la Kúria d'avoir un nombre suffisant de juges. Il ajouta à cet égard que la mission principale de la Kúria, celle de garantir une application uniforme des lois par les juges, ne pouvait être remplie que si la juridiction était en mesure de rendre des décisions dans un nombre suffisant d'affaires pertinentes.

### **C. Cessation du mandat de président de la Cour suprême du requérant**

**24.** La Loi fondamentale du 25 avril 2011 prévoyait que l'organe judiciaire suprême serait la *Kúria* (appellation hongroise historique de la Cour suprême). Son entrée en vigueur était programmée pour le 1er janvier 2012.

**25.** Le 14 avril 2011, au cours d'un débat sur la Loi fondamentale organisé par la station de radio Inforádió, un député membre du Fidesz, Gergely Gulyás, déclara que le président de la Cour suprême resterait le même et que seul le nom de l'institution serait changé. Le 19 octobre 2011, lors d'une interview sur la chaîne de télévision ATV, le secrétaire d'État à la Justice, Róbert Répássy, également député, affirma que selon le projet de loi (no T/4743) sur l'organisation et l'administration des tribunaux, la nouvelle Kúria aurait la même fonction que la Cour suprême existante et que seul le nom de la haute juridiction changerait. Il ajouta que le texte « ne fourni[rait] certainement aucune base juridique permettant de changer la personne de son président ».

**26.** Le 6 juillet 2011, le ministre hongrois des Affaires étrangères transmit à la Commission de Venise un document exposant la position du gouvernement hongrois relativement à l'avis sur la nouvelle Loi

fondamentale hongroise que ladite commission avait adopté lors de sa 87e session plénière (Venise, 17-18 juin 2011, CDL-AD(2011)016). Le gouvernement y assurait que la rédaction des dispositions transitoires de la Loi fondamentale ne servirait pas à mettre indûment fin au mandat de personnes ayant été élues sur le fondement des dispositions légales antérieures.

**27.** Entre le 19 et le 23 novembre 2011, des députés déposèrent plusieurs amendements proposant qu'il fût mis fin au mandat de président de la Cour suprême du requérant.

**28.** Le 19 novembre 2011, Gergely Gulyás présenta au Parlement un projet de loi (no T/4996) portant modification de la Constitution de 1949 (alors en vigueur). Cet amendement prévoyait que le Parlement élirait le président de la *Kúria* le 31 décembre 2011 au plus tard. L'exposé des motifs du projet de loi comportait notamment le passage suivant :

« Eu égard à la Loi fondamentale et aux modifications du système judiciaire qui en découlent, dans le respect du projet de loi portant dispositions transitoires relatives à la Loi fondamentale, ainsi que dans le but de garantir une transition douce et une continuité dans l'accomplissement des missions de la *Kúria* à compter du 1er janvier 2012, le présent projet prévoit que le Parlement élira le président de la *Kúria* d'ici au 31 décembre 2011, dans le respect des règles prévues par la Loi fondamentale ; le président de la *Kúria* prendra ses fonctions le 1er janvier 2012. »

**29.** Le 20 novembre 2011, deux députés issus de la majorité parlementaire présentèrent au Parlement un projet de loi (no T/5005) portant dispositions transitoires relatives à la Loi fondamentale. Ce projet disposait en son article 11 que les successeurs juridiques de la Cour suprême et du Conseil national de la justice seraient la *Kúria* pour l'administration de la justice et le président de l'Office judiciaire national pour l'administration des tribunaux. Le paragraphe 2 de l'article 11 prévoyait que le mandat du président de la Cour suprême et ceux du président et des membres du Conseil national de la justice prendraient fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. L'exposé des motifs du projet de loi comportait le paragraphe suivant :

« Le projet de loi règle dans tous ses détails la question de la succession de la Cour suprême, du Conseil national de la justice et de leur président, dont les successeurs (organes ou personnes physiques) seront distincts pour chaque fonction. Eu égard aux modifications apportées au système judiciaire, le projet de loi prévoit que le mandat du président de la Cour suprême actuellement en poste ainsi que ceux du président et des membres du Conseil national de la justice prendront fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. »

**30.** Le 23 novembre 2011, un autre député déposa une proposition d'amendement concernant les articles 185 et 187 du projet de loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux. Tandis que les versions précédentes du projet de loi présenté par le gouvernement (les 21 octobre et 17 novembre 2011) disposaient que le mandat des chefs de juridiction

nommés avant le 1er janvier 2012 se poursuivrait jusqu'à la date prévue lors de leur nomination, la proposition prévoyait une exception. Elle visait à mettre un terme *ex lege* au mandat du président et du vice-président de la Cour suprême. L'exposé des motifs qui l'accompagnait comportait le passage suivant :

« Le but de la présente proposition d'amendement, déposée avant le vote final, est d'assurer que le projet de loi consolidé no T/4743/116 soit, grâce à la modification de ses dispositions transitoires, en accord avec la Loi fondamentale, en tenant compte des projets de loi no T/4996 portant amendement de la loi XX de 1949 relative à Constitution de la République de Hongrie et no T/5005 portant dispositions transitoires relatives à la Loi fondamentale, tous deux soumis à l'examen du Parlement. »

**31.** Le 28 novembre 2011, le Parlement adopta le projet de loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux (qui devint la loi CLXI de 2011) ainsi que le projet de loi portant modification de la Constitution de la République de Hongrie (qui devint la loi CLIX), dont le contenu se trouve décrit ci-dessus.

**32.** Le 30 décembre 2011, le projet de loi portant dispositions transitoires de la Loi fondamentale fut adopté sans amendement<sup>1</sup> ; les dispositions transitoires furent publiées au Journal officiel le 31 décembre 2011.

**33.** L'entrée en vigueur de ces modifications constitutionnelles et législatives eut pour conséquence de mettre fin au mandat de président de la Cour suprême du requérant le 1er janvier 2012, trois ans et demi avant le terme prévu.

**34.** Le requérant demeura en fonction en tant que président de la chambre civile de la *Kúria*.

#### **D. Élection d'un nouveau président à la *Kúria***

**35.** Pour permettre l'élection en temps voulu d'un nouveau président à la *Kúria*, la loi portant modification de la Constitution de la République de Hongrie (loi CLIX de 2011, adoptée le 28 novembre 2011 – paragraphe 31 ci-dessus) entra en vigueur le 2 décembre 2011. Le 9 novembre 2011, le projet de loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux avait été amendé par l'introduction d'un critère supplémentaire pour l'élection du nouveau président de la *Kúria*. Aux termes de cet amendement, le président devait être élu par le Parlement parmi les juges nommés pour une durée indéterminée qui avaient exercé la fonction de magistrat pendant au moins cinq ans (article 114 § 1 de la loi CLXI de 2011 – voir le droit et la pratique internes pertinents ci-dessous). Le 9 décembre 2011,

<sup>1</sup>. En vertu de leur article 31 § 2, les dispositions transitoires faisaient partie intégrante de la Loi fondamentale. La première modification (du 18 juin 2012) de la Loi fondamentale, en son article 1 § 1, a ajouté un point 5 aux dispositions finales de la Loi fondamentale. Il précisait que les dispositions transitoires faisaient partie intégrante de la Loi fondamentale.

le président de la République proposa au Parlement d'élire Péter Darák président de la *Kúria* et Tünde Handó présidente de l'Office judiciaire national. Le 13 décembre 2011, le Parlement, suivant la proposition du président de la République, élit ces candidats.

### **E. Conséquences de la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême du requérant**

**36.** Tout d'abord, le requérant perdit le bénéfice de la rémunération et des autres avantages (sécurité sociale, résidence de la présidence, protection personnelle) auxquels le président de la Cour suprême avait droit pendant toute la durée de son mandat présidentiel.

**37.** Ensuite, la législation qui accordait certains avantages aux anciens présidents de la Cour suprême (loi de 2000 sur la rémunération et les allocations des juges) fut abrogée le 1er janvier 2012. L'article 227 § 1 de la loi de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges (telle que modifiée le 28 novembre 2011 et entrée en vigueur le 1er janvier 2012) vint compléter cette abrogation en énonçant que la loi abrogée n'était applicable à un ancien président de la Cour suprême que s'il avait droit à l'allocation visée aux articles 26 § 1 et 22 § 1 (complément de pension à vie), s'il avait atteint l'âge de la retraite à la date de l'entrée en vigueur de la loi et s'il avait demandé le bénéfice de l'allocation en question. Le requérant, qui n'avait pas atteint l'âge de la retraite au 1er janvier 2012, ne put prétendre au bénéfice de cet avantage.

## **II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS**

### **A. La Constitution de 1949**

**38.** Les articles pertinents de la Constitution (telle que modifiée et en vigueur jusqu'à son remplacement par la Loi fondamentale, entrée en vigueur le 1er janvier 2012) disposaient :

#### Article 7

« 1. L'ordre juridique de la République de Hongrie accepte les principes du droit international généralement reconnus et rend le droit interne du pays compatible avec les obligations qui lui incombent en vertu du droit international.  
(...) »

#### Article 47

« 1. La Cour suprême est la plus haute juridiction de la République de Hongrie.  
2. La Cour suprême garantit l'uniformité dans l'application de la loi par les tribunaux ; ses résolutions d'uniformisation (*jogegységi határozat*) s'imposent à tous les tribunaux. »

#### Article 48

« 1. Le président de la Cour suprême est élu par le Parlement sur proposition du président de la République ; ses vice-présidents sont nommés par le président de la République sur recommandation du président de la Cour suprême. L'élection du

président de la Cour suprême requiert la majorité des deux tiers des voix des députés. »

(...)

3. Les juges ne peuvent être démis de leur mandat que pour des motifs prévus par la loi et dans le respect des procédures légales. »

Article 50

« (...) »

3. Les juges sont indépendants et soumis uniquement à l'autorité de la loi. Ils ne peuvent être membres de partis politiques ni avoir d'activité politique.

(...) »

Article 57

« 1. En République de Hongrie, tous les individus sont égaux devant la loi et chacun a droit à ce qu'il soit statué par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, au cours d'un procès public et équitable, sur toute accusation portée contre lui ou toute contestation concernant ses droits et obligations juridiques.

(...) »

Article 61

« 1. En République de Hongrie, tout individu a le droit d'exprimer librement son opinion, ainsi que d'accéder aux informations présentant un intérêt public et de les diffuser.

(...) »

## **B. La loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux (loi LXVI de 1997)**

**39.** Afin de garantir une application uniforme de la loi par les tribunaux, la Cour suprême était habilitée à rendre des résolutions d'uniformisation jurisprudentielle (*jogegységi határozat* ; article 25 c) de la loi) et à publier des résolutions de principe (*elvi bírósági határozat* ; article 27 § 2 de la loi).

**40.** En vertu de l'article 62 de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux, les présidents des juridictions figuraient au nombre des « chefs de juridiction », c'est-à-dire des juges chargés de la gestion et de l'administration des tribunaux et des unités organisationnelles de la magistrature.

**41.** Selon l'article 69 de la loi, ces chefs de juridiction étaient nommés pour six ans.

**42.** L'article 73 de la loi dressait une liste exhaustive des motifs permettant de mettre fin au mandat d'un chef de juridiction. Il était ainsi libellé :

« [I]e mandat d'un chef de juridiction prend fin par :

a) consentement mutuel ;

b) démission ;

c) destitution ;

d) expiration du terme ;

e) cessation du mandat de juge de l'intéressé. »

**43.** L'article 74/A § 1 de la loi précisait que si l'appréciation de l'activité managériale du chef de juridiction aboutissait au constat de son incompétence pour un tel poste de direction, l'intéressé devait être relevé de ses fonctions avec effet immédiat. Un chef de juridiction relevé de ses fonctions disposait d'un délai de quinze jours à compter de la notification de l'avis de destitution pour former un recours devant le tribunal de la fonction publique (article 74/A § 2).

**44.** La loi instituait par ailleurs un Conseil national de la justice, dont elle attribuait la présidence au président de la Cour suprême, qui devait exercer ses deux fonctions présidentielles simultanément. Elle faisait explicitement obligation au président du Conseil national de la justice de formuler un avis sur les projets et propositions de loi concernant les tribunaux, après avoir recueilli et synthétisé les opinions de différentes juridictions par le biais du Bureau du Conseil national de la justice (article 46 § 1 q) de la loi).

### **C. La loi sur le statut juridique et la rémunération des juges (loi LXVII de 1997)**

**45.** En vertu de l'article 57 § 2, alinéas ha) et hb), de la loi, un juge pouvait rester en fonction jusqu'à l'âge de soixante-dix ans, c'est-à-dire au-delà de l'âge de départ à la retraite prévu par le régime général.

### **D. La décision parlementaire 46/1994. (IX.30.) OGY sur le règlement du Parlement**

**46.** L'article 45 § 1 de la décision parlementaire 46/1994. (IX.30.) OGY sur le règlement du Parlement se lisait comme suit :

« Le président de la République, les membres du gouvernement, le président de la Cour constitutionnelle, le président de la Cour suprême, le procureur général, l'ombudsman, le président de la Cour nationale des comptes, les auteurs de rapports que le Parlement souhaite entendre lorsqu'il débat de ceux-ci, ainsi que les élus hongrois du Parlement européen lors des débats touchant à l'intégration européenne, sont autorisés à participer aux sessions parlementaires et à y prendre la parole. »

### **E. La loi portant modification de la Constitution de la République de Hongrie (loi CLIX de 2011), entrée en vigueur le 2 décembre 2011**

**47.** La Constitution hongroise de 1949 a été modifiée comme suit relativement à l'élection du président de la *Kúria* :

Article 1

« La Constitution est modifiée comme suit :



« Article 79. Conformément à l'article 26 § 3 de la Loi fondamentale, le Parlement élira le président de la Kúria le 31 décembre 2011 au plus tard. »

## **F. La Loi fondamentale de la Hongrie du 25 avril 2011, entrée en vigueur le 1er janvier 2012**

### **48. Les articles 25 et 26 de la Loi fondamentale disposent :**

#### Article 25

« 1. Les tribunaux rendent la justice. L'organe juridictionnel suprême est la *Kúria*.

2. Les tribunaux statuent :

a) sur les affaires pénales, les litiges de droit privé et toutes autres questions définies par la loi ;

b) sur la légalité des décisions administratives ;

c) sur les conflits entre les réglementations locales et d'autres dispositions légales et sur la validité des textes en cause, qu'ils peuvent le cas échéant annuler ;

d) sur les allégations de manquement par une autorité locale à ses obligations légales.

3. Outre les fonctions définies au paragraphe 2, la *Kúria* assure l'unité de la jurisprudence dans l'application de la loi par les tribunaux ; les résolutions adoptées par elle à cet effet s'imposent aux tribunaux.

(...)

8. Une loi organique (*sarkalatos törvény*)<sup>2</sup> définit les modalités précises de l'organisation et de l'administration des tribunaux, ainsi que le statut et la rémunération des juges.

#### Article 26

1. Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ; ils ne peuvent recevoir d'instructions dans l'exercice de leur activité juridictionnelle. Les juges ne peuvent être relevés de leurs fonctions que pour les motifs et selon la procédure définis par une loi organique. Les juges ne peuvent être affiliés à aucun parti politique ni prendre part à aucune activité politique.

2. Les juges professionnels sont nommés par le président de la République conformément à une loi organique. Nul ne peut être nommé juge s'il n'a pas atteint l'âge de trente ans. À l'exception du président de la *Kúria*, les juges ne peuvent rester en fonction au-delà de l'âge normal de départ à la retraite.

3. Le président de la *Kúria* est élu parmi les juges, pour un mandat de neuf ans, par le Parlement sur proposition du président de la République. L'élection du président de la *Kúria* a lieu à la majorité des deux tiers des voix des membres du Parlement.

»

## **G. Les dispositions transitoires de la Loi fondamentale de la Hongrie, entrées en vigueur le 1er janvier 2012**

### **49. En leurs parties pertinentes, les dispositions transitoires de la Loi fondamentale énoncent :**

#### Article 11

« 1. Les successeurs juridiques de la Cour suprême, du Conseil national de la justice et de leur président sont la Kúria pour l'administration de la justice et le président de l'Office judiciaire national pour l'administration des tribunaux, sauf exceptions définies par la loi organique pertinente.

---

<sup>2</sup>. Les lois organiques nécessitent une majorité des deux tiers pour leur adoption ou leur modification.

2. Le mandat du président de la Cour suprême ainsi que ceux du président et des membres du Conseil national de la justice prendront fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale »<sup>3</sup>.

#### Article 12

« 1. Si un juge a atteint l'âge général de la retraite fixé à l'article 26 § 2 de la Loi fondamentale avant le 1er janvier 2012, ses fonctions prendront fin le 30 juin 2012. Si un juge atteint l'âge général de la retraite visé à l'article 26 § 2 de la Loi fondamentale entre le 1er janvier et le 31 décembre 2012, ses fonctions prendront fin le 31 décembre 2012. »

#### Article 31

« 2. (...) Les dispositions transitoires font partie intégrante de la Loi fondamentale<sup>4</sup>. »

## **H. La loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux (loi CLXI de 2011), entrée en vigueur le 1er janvier 2012**

**50.** Les parties pertinentes de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux sont ainsi libellées :

#### Chapitre II

##### L'organisation des tribunaux

#### 6. La *Kúria*

##### Article 24

##### « La *Kúria* :

- a) statue, dans les cas définis par la loi, sur les recours formés contre les décisions des juridictions inférieures ;
- b) statue sur des demandes de réexamen extraordinaire de décisions de justice rendues en dernière instance ;
- c) adopte des résolutions d'uniformisation de la jurisprudence (*jogegységi határozat*), qui s'imposent aux tribunaux ;
- d) analyse la pratique judiciaire à partir des affaires ayant fait l'objet d'un jugement définitif, et passe en revue et analyse la jurisprudence des tribunaux ;
- e) publie des résolutions de principe (*elvi bírósági határozat*) [adoptées par la *Kúria*] et des décisions de principe (*elvi bírósági döntés*) [adoptées par les juridictions inférieures] ;
- f) statue sur les conflits entre les réglementations locales et d'autres dispositions légales, ainsi que sur la validité des textes en cause, qu'elle peut le cas échéant annuler ;
- g) statue sur les allégations de manquement par une autorité locale à ses obligations légales ;
- h) intervient dans les autres affaires relevant de sa compétence. »

#### Chapitre VIII

##### Le président de la *Kúria* et les chefs de juridiction

#### 32. Le président de la *Kúria*

##### Article 114

« 1. Le président de la *Kúria* est élu par le Parlement parmi les juges nommés sans limitation de durée comptant au moins cinq ans d'expérience judiciaire, conformément à l'article 26 § 3 de la Loi fondamentale. »

<sup>3</sup>. La quatrième modification de la Loi fondamentale, en date du 25 mars 2013, a transféré le texte de l'article 11 des dispositions transitoires au paragraphe 14 des dispositions finales de la Loi fondamentale.

<sup>4</sup>. En son article 1 § 1, la première modification de la Loi fondamentale, en date du 18 juin 2012, a ajouté aux dispositions finales de la Loi fondamentale un point 5 aux termes duquel les dispositions transitoires font partie intégrante de la Loi fondamentale.

## Chapitre XV

### Dispositions transitoires

58. Première élection du président de l'Office judiciaire national et du président de la Kúria

#### Article 177

« 1. Le président de la République procédera à la première nomination du président de l'Office judiciaire national et du président de la Kúria le 15 décembre 2011 au plus tard. Les personnes proposées seront entendues par la commission parlementaire chargée de la justice.

2. Le Parlement procédera à la première élection du président de l'Office judiciaire national et du président de la Kúria le 31 décembre 2011 au plus tard (...) »

60. Fixation de la date d'expiration des mandats et début des nouveaux mandats

#### Article 185

« 1. Les mandats du Conseil national de la justice (ci-après le « CNJ »), de ses membres et de son président, ainsi que du président et du vice-président de la Cour suprême et du directeur et du directeur adjoint du Bureau du CNJ prendront fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale.

2. Les mandats du président de l'Office judiciaire national et du président de la Kúria débiteront le 1er janvier 2012 (...) »

#### Article 187

« Les mandats des chefs de juridiction nommés avant le 1er janvier 2012 demeureront valables pour la durée fixée au moment de leur nomination, excepté dans les cas visés à l'article 185 § 1. »

#### Article 188

« 1. Les successeurs juridiques de la Cour suprême, du Conseil national de la justice et de leur président sont la Kúria pour l'administration de la justice, et le président de l'Office judiciaire national pour l'administration des tribunaux, sauf dispositions contraires prévues par des lois organiques. »

**51.** Conformément à l'article 173 de la loi, l'article 177 entra en vigueur le lendemain de sa promulgation (le 3 décembre 2011), et les articles 185, 187 et 188 à la date du 1er janvier 2012.

## **I. La loi sur le statut juridique et la rémunération des juges (loi CLXII de 2011), entrée en vigueur le 1er janvier 2012**

**52.** Les parties pertinentes de la loi sur le statut juridique et la rémunération des juges, telles qu'elles s'appliquaient à l'époque des faits, étaient ainsi libellés :

#### Article 90

« Un juge est déchargé [de ses fonctions judiciaires] :

(...)

h) si

ha) il a atteint l'âge de la retraite applicable (ci-après, l'« âge limite »). Cette disposition ne s'applique pas au président de la Kúria (...) ».

#### Article 227

« 1. La personne qui occupait le poste de président de la Cour suprême avant l'entrée en vigueur de la présente loi relève des dispositions de la loi XXXIX de 2000 sur la rémunération et les avantages octroyés au président de la République, au Premier ministre, au président du Parlement, au président de la Cour constitutionnelle et au président de la Cour suprême, en ce sens qu'elle a droit aux avantages visés à l'article 26 § 1 et à l'article 22 § 1 de ladite loi si elle a atteint

l'âge de la retraite à la date de l'entrée en vigueur de la présente loi et si elle a sollicité le bénéfice des avantages en question. »

Article 230

« 1. Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux juges qui auront atteint l'âge limite avant le 1er janvier 2013, sous réserve des précisions apportées aux paragraphes 2 et 3.

2. Si un juge a atteint l'âge limite avant le 1er janvier 2012, la période de décharge débute le 1er janvier 2012 et s'achève le 30 juin 2012. Son mandat de juge prend fin au 30 juin 2012. La proposition de décharge est formulée à une date permettant l'adoption de la décision de décharge le 30 juin 2012 au plus tard.

3. Si un juge atteint l'âge limite entre le 1er janvier 2012 et le 31 décembre 2012, la période de décharge débute le 1er juillet 2012 et s'achève le 31 décembre 2012. Son mandat de juge prend fin au 31 décembre 2012. La proposition de décharge est formulée à une date permettant l'adoption de la décision de décharge le 31 décembre 2012 au plus tard. »

**J. L'arrêt de la Cour constitutionnelle no 33/2012. (VII. 17) AB du 16 juillet 2012**

**53.** L'ombudsman hongrois saisit la Cour constitutionnelle d'un recours contre l'abaissement rétroactif de l'âge de départ à la retraite des juges. Dans son arrêt du 16 juillet 2012, la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelles les dispositions sur l'âge de départ obligatoire à la retraite des juges (articles 90 ha) et 230 de la loi de 2011) et les annula avec effet au 1er janvier 2012 (date de l'entrée en vigueur de la loi sur le statut juridique et la rémunération des juges). Elle estima que la nouvelle réglementation emportait violation des normes constitutionnelles relatives à l'indépendance de la justice, et ce tant pour des motifs « formels » que pour des motifs « matériels ». Elle expliqua que, du point de vue des exigences en matière de forme, c'était une loi organique qui devait déterminer la durée des fonctions judiciaires et l'âge de la retraite des juges, ce afin de garantir leur inamovibilité, la référence à l'« âge général de la retraite » opérée par une loi ordinaire ne satisfaisant pas à cette exigence. Concernant la constitutionnalité matérielle de la disposition litigieuse, la haute juridiction releva que celle-ci avait entraîné la désinvestiture de juges dans un délai de trois mois, qui lui paraissait bref. Elle déclara que malgré la relative liberté dont le législateur disposait pour fixer l'âge limite des juges en fonction et le fait que la Loi fondamentale ne donnait aucune indication sur cet âge spécifique, l'abaissement de l'âge de la retraite des juges devait être progressif, comporter une période de transition adéquate et ne pas violer le principe d'inamovibilité des juges. Elle expliqua que plus il y avait d'écart entre le nouvel âge de départ à la retraite et l'âge de soixante-dix ans, plus la période de transition pour l'abaissement de l'âge de départ à la retraite devait être longue, ajoutant que si tel n'était pas le cas, il y aurait atteinte au principe d'inamovibilité des juges, élément essentiel de l'indépendance de la justice.

**54.** À la suite de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 16 juillet 2012, le Parlement adopta la loi XX de 2013 qui, avec effet au 2 avril

2013, abrogeait l'article 230 de la loi CLXII de 2011, modifiait son article 91 et ajoutait au texte un nouvel article 233/C. Suivant le nouveau dispositif, l'abaissement de l'âge obligatoire de départ à la retraite au niveau unifié de 65 ans sera effectif à compter du 1er janvier 2023, des dispositions transitoires s'appliquant à la période comprise entre le 2 avril 2013 (date de l'entrée en vigueur de la modification) et le 31 décembre 2022. Pendant cet intervalle, l'âge obligatoire de départ à la retraite variera entre 70 et 65 ans, selon la date de naissance de la personne concernée (plus le juge est âgé, plus le laps de temps qui lui sera ménagé pour se préparer à son départ obligatoire à la retraite sera long). La nouvelle loi introduisait la faculté pour les juges qui s'étaient déjà trouvés obligés de partir à la retraite en application des règles sur le départ obligatoire à la retraite de choisir, dans un délai de trente jours à compter de l'entrée en vigueur de la modification, entre trois possibilités. Premièrement, ils pouvaient solliciter une affectation à un poste de réserve auprès de la juridiction dans laquelle ils exerçaient leurs fonctions avant leur départ à la retraite, auquel cas ils percevraient une rémunération équivalant à la différence entre leur pension de retraite et leur dernier salaire de base (calculé sans les indemnités complémentaires perçues à raison de l'exercice de fonctions supérieures, etc.) et pourraient, une fois par période de trois ans, se voir ordonner d'accomplir des tâches de nature juridictionnelle ou managériale pour une durée maximale de deux ans. Deuxièmement, ils pouvaient demander à être réintégrés dans leurs fonctions juridictionnelles normales. En pareil cas, ils auraient également droit aux arriérés de salaire couvrant la période de leur mise à la retraite forcée déclarée contraire à la Constitution. Ils ne pourraient toutefois pas être réintégrés dans les hautes fonctions, telles celles de président (ou vice-président) de juridiction ou de chef (ou chef adjoint) de division, qu'ils avaient pu occuper, à moins que les fonctions en question fussent demeurées vacantes dans l'intervalle. Troisièmement, enfin, ils pouvaient choisir de ne demander ni à être réintégrés ni à être placés en situation de réserve, auquel cas ils auraient droit à une compensation forfaitaire d'un montant équivalant à un an de salaire.

**K. L'arrêt 3076/2013. (III. 27.) AB adopté par la Cour constitutionnelle le 19 mars 2013**

**55.** Le vice-président de la Cour suprême, qui, sur proposition du requérant, avait été nommé par le président de la République pour un mandat de six ans débutant le 15 novembre 2009, fut également relevé de ses fonctions de direction à la date du 1er janvier 2012 en application de l'article 185 § 1 de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux (loi CLXI de 2011), qui disposait que le mandat du vice-président de la Cour suprême prendrait fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale (paragraphe 50 ci-dessus). L'intéressé saisit la Cour constitutionnelle d'un recours dans lequel il soutenait que sa désinvestiture était contraire au principe de l'état de droit, à l'interdiction des lois rétroactives et à son droit à un recours. Par un arrêt (3076/2013.

(III. 27.) AB) adopté par huit voix contre sept, la Cour constitutionnelle rejeta le recours. Elle déclara que la cessation prématurée du mandat de vice-président de la Cour suprême qu'exerçait l'intéressé ne pouvait être considérée comme ayant porté atteinte à la Loi fondamentale dès lors qu'elle trouvait une justification suffisante dans la réorganisation complète du système judiciaire et dans les changements considérables apportés aux fonctions et compétences du président de la *Kúria*. Elle releva que les fonctions et compétences de la *Kúria* avaient été élargies, en particulier relativement au contrôle de la légalité des actes adoptés par les conseils municipaux. Les parties pertinentes de son arrêt se lisent ainsi :

« [30] 1. La disposition législative litigieuse mettait fin au mandat d'une personne assumant des fonctions de direction au sein d'un organe du pouvoir judiciaire, qui constitue une branche indépendante du pouvoir étatique au statut régi par la Constitution.

[31] Le vice-président de la Cour suprême était l'un des fonctionnaires assumant des fonctions de direction au sein du système judiciaire ; son mandat était régi par l'article 48 § 1 de la Constitution. Selon cette disposition, le vice-président de la Cour suprême était nommé par le président de la République sur proposition du président de la Cour suprême. D'après l'article 69 § 1 de l'ancienne LOAT (loi LXVI de 1997 sur l'organisation et l'administration des tribunaux), le mandat du vice-président avait une durée fixe de six ans. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, la Constitution distinguait la nomination des chefs de la plus haute instance juridictionnelle du système ordinaire de nomination des chefs des tribunaux, en ce sens qu'elle réservait la nomination des premiers à une autre branche du pouvoir étatique, à savoir le Parlement dans le cas du président de la Cour suprême et le président de la République dans celui de son vice-président. Le fait que l'ancienne LOAT prévoyait que la durée fixe du mandat des chefs de juridiction dépassait celle du mandat des membres du gouvernement (chevauchant ainsi les cycles gouvernementaux) constituait l'une des garanties constitutionnelles de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui constitue une branche séparée au sein de l'État.

[32] La Loi fondamentale et la nouvelle LOAT ont maintenu cette distinction en ce qui concerne les chefs de la *Kúria*. Si la Loi fondamentale ne règle pas la question de la nomination et de la déinvestiture du vice-président, la nouvelle LOAT contient une disposition identique à celle qui existait avant la réforme. Selon son article 128 § 1, les vice-présidents de la *Kúria* sont nommés par le président de la République sur proposition du président de la *Kúria*. L'article 127 § 1 prévoit que leur mandat a une durée de six ans. En vertu de cette réglementation, le pouvoir de mettre fin au mandat d'un vice-président par une décision unilatérale de l'État, autrement dit de prononcer la déinvestiture de l'intéressé, fait également partie des prérogatives du président de la République (voir la décision 176/1991. (IX. 4) KE du président de la République).

[33] En vertu de l'article 73 de l'ancienne LOAT et de l'article 138 de la nouvelle LOAT, le mandat d'un chef de juridiction prend fin, en règle générale, à l'expiration de la période déterminée pour laquelle il a été nommé. Il peut cependant prendre fin plus tôt en cas de démission, de consentement mutuel, de perte du statut de magistrat et de destitution (dans l'hypothèse où une évaluation conclut à l'incapacité de l'intéressé).

[34] 2. L'examen de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle révèle que le raccourcissement par la loi de mandats conférés pour une durée déterminée n'est pas automatiquement déclaré contraire à la Constitution, la réunion de certaines conditions pouvant empêcher une telle sanction. La Cour constitutionnelle a établi [dans son arrêt 5/2007. (II. 27.) AB] que « le raccourcissement d'un mandat conféré à un fonctionnaire pour une durée déterminée doit reposer sur des causes

objectives ou subjectives prévues par la loi (démission, décès, preuve d'une incompatibilité, cause spécifique de destitution ou autre raison ayant une incidence directe sur la durée du mandat, telle que la réforme structurelle de l'institution), à l'exclusion de toute autre. » (ABH 2007, 120, 126.). La Cour constitutionnelle estime qu'outre le cas d'une restructuration organisationnelle, un changement important dans les fonctions assumées par l'institution, c'est-à-dire dans ses compétences et dans ses missions, peut justifier une intervention législative. De fait, à l'époque où le titulaire de la charge visée a été choisi, les compétences requises pour les nouvelles fonctions confiées à l'institution ne pouvaient pas être évaluées. Or on ne peut exclure que les nouvelles missions de l'institution requièrent une personne ayant des aptitudes, une expérience professionnelle et une pratique différentes.

[35] Aussi la Cour constitutionnelle devait-elle examiner en l'espèce si l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale était de nature à avoir sur les fonctions et les missions de la plus haute instance juridictionnelle du pays une incidence propre à justifier la cessation anticipée du mandat de son vice-président.

[36] La Cour suprême a été renommée *Kúria*. La Loi fondamentale et la nouvelle LOAT ont profondément modifié l'administration centrale du système judiciaire. L'article 11 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale a opéré une séparation entre la guidance professionnelle des activités judiciaires et la gestion organisationnelle du système judiciaire, et ce tant du point de vue des organes chargés de ces missions que du point de vue des personnes y contribuant. Il dispose que les successeurs de la Cour suprême, du Conseil national de la justice et de son président sont, sauf exceptions définies dans une loi organique, la *Kúria* pour ce qui est de l'administration de la justice et le président de l'Office judiciaire national pour ce qui est de l'administration des tribunaux. C'est sur le fondement de cette modification de l'administration centrale du système judiciaire que l'article 11 § 2 des dispositions transitoires a mis un terme au mandat du président de la Cour suprême ainsi qu'à ceux du président et des membres du Conseil national de la Justice à compter de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. Cette disposition n'a pas mis un terme au mandat du vice-président, nonobstant le fait que ce mandat était régi par la Constitution.

[37] L'entrée en vigueur de la Loi fondamentale et de la nouvelle LOAT a eu pour conséquence d'élargir les fonctions de la *Kúria* et de l'investir de nouvelles missions. La Loi fondamentale lui a donné compétence pour contrôler la légalité des actes adoptés par les autorités municipales et pour statuer sur les allégations de manquement par une autorité locale à ses obligations légales. La nouvelle LOAT comporte un nouveau chapitre relatif à la chambre des pouvoirs locaux de la *Kúria*, ainsi que des dispositions détaillées sur les règles de procédure afférentes aux compétences susmentionnées.

[38] Les compétences de la *Kúria* ont également été étendues relativement à sa mission consistant à garantir une application uniforme de la loi [unité de la jurisprudence]. Non seulement la *Kúria* a toujours compétence pour adopter des résolutions visant à promouvoir l'unité de la jurisprudence (*jogegységi határozat*), mais il lui revient désormais de publier les résolutions de justice qui lui paraissent avoir une portée théorique (*elvi bírósági határozat*) et d'analyser la jurisprudence à partir des décisions définitives devenues exécutoires.

[39] L'unité de la jurisprudence étant devenue l'une des missions essentielles de la *Kúria*, son président est désormais investi, en plus de la responsabilité de diriger l'administration interne de la *Kúria*, d'un rôle de guidance professionnelle concernant le suivi, l'évolution et la cohérence de la jurisprudence issue de l'ensemble des tribunaux.

[40] La nouvelle LOAT, dans son chapitre entièrement consacré à la question de l'application uniforme de la loi, contient des dispositions plus détaillées et précises quant aux missions et compétences qui étaient déjà contenues dans l'ancienne LOAT et confère de nouvelles tâches tant à la *Kúria* elle-même qu'à ses chefs. Tandis que l'ancienne LOAT ne faisait référence qu'à deux reprises au président de

la Cour suprême, la nouvelle LOAT désigne le président ou le vice-président de la Cour suprême comme les titulaires de treize missions et compétences spécifiques. En particulier, les présidents des cours d'appel doivent avertir le président de la *Kúria* de toute décision ayant une portée théorique adoptée par un tribunal de son ressort, de toute pratique naissante reposant sur des principes contradictoires et de l'existence éventuelle de jugements définitifs reposant sur des principes divergents. Des obligations similaires d'informer directement le président de la *Kúria* incombent aux présidents et chefs de division des tribunaux départementaux, ainsi qu'aux chefs des divisions régionales de droit administratif et de droit du travail. Les propositions de publication de décisions ayant une portée théorique doivent être adressées au président de la *Kúria*, et c'est également à ce dernier que le président de l'Office judiciaire national doit faire savoir qu'il juge nécessaire d'engager une procédure d'uniformisation de la jurisprudence.

[41] C'est au président de la *Kúria* qu'il incombe de définir annuellement les sujets devant être examinés par les groupes d'analyse de la jurisprudence. Il nomme les chefs et les membres de ces groupes. Si l'analyse révèle une nécessité d'apporter des modifications à la législation, c'est au président de la *Kúria* qu'il revient d'inviter le président de l'Office judiciaire national à faire une telle proposition. C'est le président de la *Kúria* qui propose au comité des publications la publication d'une décision apparaissant revêtir une portée théorique. Il est habilité à ordonner qu'une procédure d'uniformisation soit menée, sur sa proposition et sous sa direction (cette dernière étant partagée avec le vice-président et le chef ou le chef adjoint de la division compétente). Dans les procédures d'uniformisation concernant plus d'une division, seuls le président ou le vice-président de la *Kúria* peuvent assurer la présidence. De même, si le but de la procédure d'uniformisation consiste à modifier ou à abroger une résolution d'uniformisation antérieure ou à trancher une question de principe, le comité d'uniformisation ne peut être présidé que par le président ou le vice-président de la *Kúria*.

[42] L'article 123 § 2 de la nouvelle LOAT prévoit que « le vice-président de la *Kúria* peut remplacer le président (...) et exercer tous ses pouvoirs ». Il apparaît donc clairement que les modifications apportées au système judiciaire ont une incidence importante non seulement sur les fonctions du président mais aussi sur celles du vice-président. Il découle de la possibilité pour le vice-président d'être appelé à remplacer le président en exerçant tous les pouvoirs de celui-ci (ce qui peut arriver à tout moment, par exemple si, pour une raison quelconque, le président se trouve empêché, ou si sa fonction devient vacante) qu'une coopération constante et étroite doit exister entre le président et le vice-président. Outre sa vocation à agir comme remplaçant du président, le vice-président « remplit les missions qui lui sont confiées par le règlement de Cour » (article 123 § 2 de la nouvelle LOAT). En vertu de cette habilitation légale, le vice-président peut accomplir certaines tâches du président à titre permanent et le décharger [de certaines de ses obligations].

[43] La Cour constitutionnelle estime que la restructuration générale du système judiciaire et les changements notables apportés aux fonctions et missions de la *Kúria* et de son président ont substantiellement modifié la situation juridique qui était celle de ce dernier à la date où le vice-président fut nommé. Il en est nécessairement résulté une modification simultanée des fonctions, tâches et compétences du vice-président.

[44] Ces changements ont conféré une importance accrue à la relation de confiance entre le président et le vice-président, qui est consacrée par des dispositions constitutionnelles et législatives.

[45] Par conséquent, la Cour constitutionnelle estime que ces changements constituent une justification suffisante pour la cessation anticipée du mandat du requérant.

(...) »



**56.** Sept juges se dissocièrent de cette conclusion, estimant que lesdits changements concernant le système judiciaire, la nouvelle *Kúria* et la personne de son président n'avaient pas fondamentalement modifié le statut du vice-président de la *Kúria*. D'après eux, la position du vice-président dans l'organisation de la juridiction suprême n'avait pas changé, puisque la loi de 1997 sur l'organisation et l'administration des tribunaux prévoyait déjà que le vice-président était habilité à remplacer le président de la Cour suprême dans les tâches managériales nécessaires à la bonne marche de l'institution, mais pas dans ses fonctions de président du Conseil national de la justice. Les juges dissidents conclurent que la cessation anticipée du mandat du requérant avait affaibli les garanties de la séparation des pouvoirs, qu'elle avait enfreint l'interdiction d'adopter des lois rétroactives et qu'elle avait porté atteinte au principe de l'état de droit et au droit à un recours.

### III. TEXTES PERTINENTS CONCERNANT LA SITUATION EN HONGRIE, NOTAMMENT LA CESSATION DU MANDAT DE PRÉSIDENT DE LA COUR SUPRÊME DU REQUÉRANT

#### A. Les avis de la Commission de Venise

57. Les extraits pertinents de l'avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 87<sup>e</sup> session plénière (Venise, 17-18 juin 2011, CDL-AD(2011)016), se lisent ainsi :

« 107. L'article 25.1 de la nouvelle Constitution indique que la *Kúria* (le nom historique de la Cour suprême hongroise) est l'organe judiciaire suprême en Hongrie. En l'absence de dispositions transitoires, et bien que la nouvelle Constitution ne modifie pas le mécanisme d'élection de son président, une question se pose : ce changement de nom va-t-il s'accompagner du remplacement du président de la Cour suprême par un nouveau président de la *Kúria* ? Quant aux juges, ils seront « nommés par le Président de la République selon les dispositions d'une loi organique » (article 26.2) ; l'appréciation de la nécessité de modifier ou non la composition de l'organe suprême devient donc aussi affaire d'interprétation.

108. L'article 26.2 assujettit les juges à l'âge général de la retraite. Tout en reconnaissant que l'abaissement de l'âge de la retraite des juges (de 70 à 62 ans) s'inscrit dans la réforme envisagée du système judiciaire, la Commission s'interroge sur cette mesure, eu égard aux règles et principes fondamentaux d'indépendance, de statut et d'inamovibilité des juges. Diverses sources indiquent que cette disposition va contraindre quelque trois cents juges parmi les plus chevronnés à prendre leur retraite l'année prochaine, ce qui va créer trois cents vacances à pourvoir. Cela pourrait entraver le fonctionnement des tribunaux, compromettre la continuité et la sécurité juridique, mais aussi ouvrir la voie à des ingérences dans la composition du pouvoir judiciaire. En l'absence d'informations suffisantes sur les raisons de cette décision, la Commission espère que des solutions adéquates et conformes aux exigences de la primauté du droit seront trouvées, dans le cadre de la réforme, aux obstacles et aux difficultés que suscite cette mesure.

(...)

140. Comme indiqué précédemment, la référence à la Constitution de 1949 figurant au deuxième paragraphe des dispositions finales paraît en contradiction avec le Préambule, où ladite Constitution de 1949 est déclarée « nulle et non avenue ». La Commission de Venise interpréterait cette incohérence apparente comme

confirmant que l'affirmation du Préambule n'a pas valeur juridique. Elle n'en recommande pas moins aux autorités hongroises de clarifier ce point. L'adoption des dispositions transitoires prévues au paragraphe 3 des dispositions finales est particulièrement importante du fait qu'elle offrira une précieuse occasion de clarifier les ambiguïtés de certaines dispositions de la nouvelle Constitution – mais elle ne devrait certainement pas servir à mettre un terme au mandat de personnes élues ou nommées sous la Constitution précédente. »

**58.** Dans la Position du gouvernement hongrois sur cet avis, communiquée par le ministre hongrois des Affaires étrangères le 6 juillet 2011 (CDL(2011)058), le Gouvernement indiquait qu'il souscrivait sans réserve à la suggestion formulée au paragraphe 140 de l'avis et assurait à la Commission de Venise que la rédaction des dispositions transitoires de la Loi fondamentale ne servirait pas à mettre indûment fin au mandat de personnes élues sous le régime juridique précédent.

**59.** Les passages pertinents de l'avis concernant la loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 90e session plénière (Venise, 16-17 mars 2012, CDL-AD(2012)001), se lisent ainsi :

« 2. Président de la *Curia*

111. Dans son avis sur la nouvelle Constitution, la Commission de Venise a appelé les autorités hongroises à veiller à ce que la nouvelle Constitution ne serve pas à « mettre un terme au mandat de personnes élues ou nommées sous la Constitution précédente ». Répondant à la Commission de Venise, le [gouvernement] hongrois a indiqué que « la Hongrie souscrit sans réserve à cette suggestion et assure la Commission que la rédaction des dispositions transitoires ne servira pas à mettre indûment un terme au mandat de personnes élues sous le régime juridique précédent ».

112. L'article 25 de la Loi fondamentale dispose que l'organe judiciaire suprême est la *Curia*. D'après l'article 11 des dispositions provisoires de la Loi fondamentale, la *Curia* est l'héritière (successeur légal) de la Cour suprême. Tous les juges de la Cour suprême sont demeurés en fonction à l'exception du président. L'article 114 de la LOAT [loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux] a fixé un nouveau critère d'élection du président, qui conduit à l'inéligibilité de l'ancien président de la Cour suprême. Ce critère renvoie à la période pendant laquelle la personne a exercé la charge de magistrat en Hongrie, sans que la fonction de juge au sein d'une Cour européenne par exemple soit prise en compte. Pour beaucoup, le nouveau critère est destiné à empêcher une personne, l'actuel président de la Cour suprême, d'être éligible. Bien que formulée en des termes généraux, la loi produit des effets contre une personne donnée. Les lois de ce type sont contraires à la prééminence du droit.

113. Dans d'autres pays, les périodes pendant lesquelles les juges ont exercé à l'étranger sont acceptées. Conformément à l'article 28.3 de la LSJRJ [loi sur le statut juridique et la rémunération des juges], le détachement d'un juge à l'étranger pendant une longue période est pris en considération et sa durée s'ajoute à celle du poste occupé avant ce détachement. La loi n'oblige pas un juge à avoir exercé en Hongrie pendant une période minimale avant de se voir confier une mission à l'étranger. En conséquence, il conviendrait de fixer des règles d'équivalence entre les fonctions nationales et les fonctions internationales, en particulier en ce qui concerne les conditions qu'une personne doit remplir pour être nommée par exemple présidente de la *Curia*. En outre, il est très rare d'adopter des

réglementations qui soient rétroactives et entraînent la destitution d'une personne occupant des fonctions aussi élevées que celles de président de la *Curia*.

114. Il est difficile de justifier l'inégalité de traitement entre les juges de la Cour suprême et leur président. Les autorités hongroises semblent faire valoir que la nature des tâches du président de la *Curia* sont radicalement différentes de celles du président de la Cour suprême et que ce dernier se serait davantage occupé de questions administratives en tant que président du précédent Conseil national [de la justice] alors que le président de la *Curia* s'occuperait davantage de droit positif et veillerait à l'uniformité de la jurisprudence. Cet argument n'est toutefois pas convaincant. L'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être particulièrement utile en regard des tâches du président de la *Curia*.

115. Étant donné que l'on peut voir dans la disposition de la Loi fondamentale sur l'éligibilité à la fonction de président de la *Curia* une tentative de se débarrasser d'une personne en particulier qui serait candidate à la présidence et aurait présidé l'instance qui a précédé la *Curia*, la loi peut fonctionner comme une sorte de sanction à l'encontre de l'ancien président de la Cour suprême. Même s'il n'en est pas ainsi, l'impression qu'il pourrait en être ainsi risque d'avoir un effet dissuasif et donc de menacer l'indépendance du système judiciaire. »

**60.** Les passages pertinents de l'avis sur les lois organiques relatives au pouvoir judiciaire qui ont été modifiées à la suite de l'avis CDL-AD(2012)001 sur la Hongrie, susmentionné, adopté par la Commission de Venise lors de sa 92<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 octobre 2012, CDL-AD(2012)020), se lisent ainsi :

[Traduction du greffe]

« XII. Questions liées à la transition – Départ à la retraite des juges et président de la *Kúria*

74. Les amendements à la LSJRJ (loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges) ne sont pas liés aux critiques formulées dans l'avis de la Commission de Venise sur les dispositions relatives à l'âge de la retraite. Tous les juges qui auraient atteint la limite d'âge au 31 décembre 2012 au plus tard ont été relevés de leurs fonctions par une décision présidentielle du 7 juillet 2012.

75. La Commission de Venise prend acte de l'arrêt no 33/2012 (VII. 17) AB rendu par la Cour constitutionnelle hongroise le 16 juillet 2012, qui a déclaré contraire à la Constitution l'abaissement soudain de la limite d'âge applicable aux juges. Elle ne doute pas que les autorités hongroises respecteront cet arrêt et veilleront à son exécution en réintégrant les anciens juges dans leurs fonctions. Les juridictions du travail semblent avoir commencé à réintégrer les juges partis à la retraite. La délégation de la Commission de Venise a toutefois appris que l'exécution de l'arrêt en question avait créé une grande insécurité juridique. Alors que la base légale de la mise à la retraite anticipée a été annulée *ex tunc*, les résolutions individuelles du président de la Hongrie, qui ont relevé de leurs fonctions quelque 10 % des juges hongrois, demeurent en vigueur alors même que leur base légale n'existe plus. Le président de la Hongrie ne les a pas abrogées. Le législateur devrait adopter des dispositions pour que les juges relevés de leurs fonctions soient réintégrés dans celles-ci sans avoir à passer par une nouvelle procédure de nomination.

76. La présidente de l'Office judiciaire national a invité les juges concernés à saisir les juridictions du travail afin de faire annuler les décisions de désinvestiture. Plusieurs juges ont déjà obtenu gain de cause devant ces juridictions, mais les décisions de celles-ci ont été attaquées par la présidente de l'Office judiciaire national, qui en contestait la motivation. Plus notablement, il apparaît que même les jugements définitifs des juridictions du travail n'aboutiront pas à la réintégration des juges concernés dans leurs anciennes fonctions, les intéressés devant passer

par une nouvelle procédure de nomination et pouvant être affectés à d'autres juridictions qu'à celles dont ils relevaient avant leur désinvestiture.

77. En septembre 2012, le gouvernement hongrois a présenté le projet de loi T/8289, qui vise à amender les dispositions transitoires de la Loi fondamentale en fixant à soixante-cinq ans le nouvel âge de départ à la retraite applicable aux juges et aux procureurs. Selon le projet, les juges âgés de plus de soixante-cinq ans (après leur nouvelle nomination) pourraient demeurer en fonction pendant un an avant de devoir prendre leur retraite. La proposition ne dit rien, cependant, de la façon dont les juges relevés de leurs fonctions doivent être réintégrés, ce qui ne laisse ouverte que la voie du recours devant les juridictions du travail.

78. La délégation de la Commission a été informée de ce qu'une réintégration automatique serait impossible, de nouveaux juges ayant été nommés dans l'intervalle et tous les juges ne souhaitant pas être réintégrés dans leurs anciennes fonctions. La Commission estime qu'il doit être possible de trouver une solution législative qui tienne compte des différentes situations.

79. En outre, le projet de loi prévoit que les juges de plus de soixante-deux ans ne pourront pas occuper des fonctions de direction au sein des tribunaux. Sont concernés les juges réintégrés, de même que, à l'avenir, tous les autres juges qui auront atteint l'âge de soixante-trois ans. Ces personnes perdraient ainsi leurs fonctions de direction et seraient contraintes de finir leur carrière comme juges ordinaires. Outre le fait que ce sont ces juges qui ont le plus d'expérience pour diriger les tribunaux, une telle limitation constitue une discrimination évidente fondée sur l'âge. Il a été expliqué à la délégation que les juges expérimentés en question devaient former les juges plus jeunes et non occuper des fonctions de direction dans les tribunaux. C'est là un argument difficile à admettre, car les juges plus jeunes apprennent de leurs aînés précisément en voyant ceux-ci agir dans leurs fonctions de direction.

80. La situation des juges relevés de leurs fonctions est très insatisfaisante. Le législateur devrait adopter des dispositions prévoyant la réintégration dans leurs anciennes fonctions des juges qui le souhaitent sans qu'ils soient obligés de passer par une nouvelle procédure de nomination.

81. Le législateur hongrois n'a pas tenu compte des commentaires sur l'éligibilité au poste de président de la *Kúria*, dont les conditions devraient être révisées. »

## **B. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe**

**61.** Les passages pertinents du communiqué de presse publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe le 12 janvier 2012 se lisent ainsi :

« Par ailleurs, le commissaire constate que la Hongrie a pris des mesures qui risquent de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire. À la suite de l'abaissement de l'âge du départ à la retraite pour les juges, plus de 200 nouveaux juges vont devoir être nommés. Cette mesure s'accompagne d'une modification de la procédure de nomination, qui repose désormais sur la décision d'une seule personne, elle-même désignée par le pouvoir politique. De plus, le commissaire déplore que, en application de la nouvelle loi sur le système juridictionnel, le président de la Cour suprême ait dû quitter son poste prématurément. Une procédure suivant laquelle les juges sont nommés par le président de l'Office [judiciaire national], lui-même désigné par le Gouvernement pour neuf ans, suscite de sérieuses réserves. Le pouvoir judiciaire doit être protégé contre toute ingérence induite du pouvoir politique. »

## C. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

**62.** Le 10 juin 2013, la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Commission de suivi) adopta un rapport « sur la demande d'ouverture d'une procédure de suivi pour la Hongrie ». La Commission de suivi recommanda l'ouverture d'une telle procédure en raison de l'existence de motifs graves et persistants de préoccupation relativement à la manière dont la Hongrie s'acquittait de son obligation de maintenir les normes les plus élevées possibles en matière de démocratie, de respect des droits de l'homme et de prééminence du droit. Les passages pertinents de l'exposé des motifs de ce rapport qui ont trait à la cause du requérant se lisent ainsi :

« 4.3.3. La destitution du président de la Cour suprême

113. La *Curia*, qui a été instituée par la Loi fondamentale, est le successeur légal de la Cour suprême de la Hongrie. C'est pourquoi, la loi cardinale relative au système judiciaire dispose que l'ensemble des juges de la Cour suprême peuvent rester en fonction jusqu'à la fin de leur mandat. Toutefois, une exception a été faite pour le président de la Cour suprême, qui a dû être réélu. En outre, un nouveau critère de sélection a été adopté pour le président de la Cour suprême, aux termes duquel un candidat doit avoir exercé la charge de magistrat en Hongrie pendant au moins cinq ans. La durée des mandats éventuellement remplis dans des tribunaux internationaux n'est pas prise en compte.

114. La différence de traitement appliquée au président de la Cour suprême est particulièrement contestable. Les nouvelles dispositions sont considérées par beaucoup comme ayant été adoptées dans le seul but de destituer le président de la Cour suprême en exercice, M. Baka, qui, par le passé, avait critiqué les politiques du Gouvernement en matière de réforme judiciaire et contesté, avec succès, plusieurs décisions du Gouvernement et lois devant la Cour constitutionnelle. M. Baka était le juge de la Hongrie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme de 1991 à 2007 et avait été élu président de la Cour suprême par le Parlement hongrois en juin 2009. Il n'avait pas exercé la charge de magistrat en Hongrie auparavant et de ce fait, malgré ses dix-sept ans d'expérience comme juge au sein de la Cour européenne des droits de l'homme, était inéligible aux fonctions de président de la *Curia*. La sensation que ces dispositions juridiques ont été adoptées contre une personne particulière est renforcée par le fait qu'en juin 2011, le Parlement a adopté une décision suspendant toutes les procédures de nomination de juges jusqu'au 1er janvier 2012, date à laquelle M. Baka ne serait plus en poste. Cette décision a été prise malgré le nombre d'affaires en souffrance, qui est souvent mentionné par les autorités comme l'une des raisons ayant motivé la réforme du système judiciaire. Comme mentionné par la Commission de Venise, les dispositions juridiques formulées en termes généraux qui, en réalité, visent une ou des personnes particulières sont contraires au principe de la prééminence du droit. En outre, la destitution pour des motifs politiques du président de la Cour suprême pourrait avoir des répercussions négatives et menacer l'indépendance du système judiciaire. »

**63.** Le 25 juin 2013, l'Assemblée parlementaire décida de ne pas ouvrir de procédure de suivi pour la Hongrie, mais de suivre de près l'évolution de la situation dans ce pays. Elle appela les autorités hongroises à poursuivre le dialogue ouvert et constructif qu'elles avaient entretenu jusqu'alors avec la Commission de Venise (Résolution 1941(2013)).

## **D. L'Union européenne**

### *1. La Commission européenne*

**64.** Le 12 décembre 2011, la commissaire européenne à la Justice, Viviane Reding, adressa aux autorités hongroises une lettre qui faisait état de ses préoccupations concernant la question de l'âge du départ à la retraite des juges. Une annexe à cette lettre soulevait des questions relatives au président du nouvel Office judiciaire national et à la transformation de la Cour suprême en *Kúria*, en particulier celle de la cessation avant son échéance du mandat de président de la Cour suprême du requérant. Les autorités hongroises répondirent, puis, le 11 janvier 2012, la Commission européenne rendit publique une déclaration relative à la situation de la Hongrie.

**65.** Le 17 janvier 2012, la Commission décida d'ouvrir une procédure d'infraction « accélérée » contre la Hongrie concernant, notamment, le fait que l'âge légal de la retraite pour les juges, les procureurs et les notaires avait été abaissé de 70 à 62 ans, qui était l'âge prévu par le régime général<sup>5</sup>. La Commission expliqua que les règles de l'Union européenne sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78/EC) interdisaient les discriminations sur le lieu de travail fondées sur l'âge et que d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, un gouvernement désireux d'abaisser l'âge légal de la retraite pour une catégorie déterminée de personnes, à l'exclusion des autres, n'était fondé à le faire que s'il pouvait s'appuyer sur des motifs objectifs et proportionnés. Or, pour la Commission, il n'existait pas en l'occurrence de motifs objectifs propres à justifier un abaissement de l'âge de la retraite pour les seuls juges et procureurs, d'autant que partout en Europe l'âge de départ à la retraite était progressivement relevé.

**66.** Quant aux autres mesures jugées avoir une incidence sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, la Commission demanda à la Hongrie de lui fournir plus d'informations au sujet de la nouvelle réglementation concernant l'organisation des tribunaux. Le communiqué de presse IP/12/24 diffusé par elle comportait le passage suivant :

« D'après la loi, le président du nouvel Office judiciaire national rassemble les prérogatives relatives à la gestion opérationnelle des tribunaux, aux ressources humaines, au budget et à l'attribution des affaires. (...) Par ailleurs, le mandat de l'ancien président de la Cour suprême, qui avait été élu pour six ans en juin 2009, a été prématurément résilié à la fin de l'année 2011. Au contraire, d'autres anciens juges de la Cour suprême poursuivent l'exécution de leur mandat en tant que juges de la nouvelle Curia, qui a remplacé la Cour suprême. »

---

<sup>5</sup>. L'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) donne à la Commission, en tant que gardienne des traités, le pouvoir de prendre les mesures légales qui s'imposent à l'égard d'un État membre ne respectant pas les obligations qui découlent de l'application du droit de l'Union européenne.

**67.** Le 7 mars 2012, la Commission décida d'envoyer à l'État hongrois un avis motivé sur les mesures adoptées par lui relativement à l'âge du départ à la retraite des juges ainsi qu'une lettre administrative demandant des éclaircissements supplémentaires sur la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire, en particulier concernant les pouvoirs attribués au président de l'Office judiciaire national (dont celui de désigner le tribunal compétent dans une affaire donnée) et le transfert des juges sans leur consentement.

68. Le 25 avril 2012, la Commission releva que des discussions étaient en cours entre les autorités hongroises, le Conseil de l'Europe et sa Commission de Venise, et que des amendements à la législation sur l'administration de la justice étaient en discussion devant le Parlement hongrois. Elle décida de surveiller de près la question et de se réserver le droit d'intenter une procédure d'infraction de ce chef également. Elle estima que concernant l'âge de départ à la retraite obligatoire des juges, l'affaire devait être portée devant la Cour de justice de l'Union européenne.

## *2. La Cour de justice de l'Union européenne*

**69.** Le 7 juin 2012, la Commission européenne saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'une action contre la Hongrie concernant l'abaissement de l'âge de départ obligatoire à la retraite des juges, des procureurs et des notaires. Dans son arrêt *Commission c. Hongrie* du 6 novembre 2012 (affaire C-286/12), la Cour de justice déclara qu'en adoptant un régime national imposant la cessation de l'activité professionnelle des juges, procureurs et notaires ayant atteint l'âge de soixante-deux ans, qui entraînait une différence de traitement fondée sur l'âge n'ayant pas un caractère proportionné aux objectifs poursuivis, la Hongrie avait manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Cour de justice releva que les catégories de personnes concernées par les dispositions en cause avaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de celles-ci, bénéficié d'une dérogation leur permettant de demeurer en fonction jusqu'à l'âge de soixante-dix ans, ce qui avait fait naître dans le chef de ces personnes une espérance légitime qu'elles pourraient rester en en fonction jusqu'à cet âge. Elle constata que les dispositions en cause avaient procédé à un abaissement abrupt et considérable de l'âge de cessation obligatoire d'activité, sans prévoir de mesures transitoires de nature à protéger la confiance légitime des personnes concernées.

**70.** Dans son arrêt *Commission c. Hongrie* du 8 avril 2014 (affaire C-288/12), la Cour de justice examina l'affaire d'un ancien commissaire à la protection des données hongrois au mandat duquel il avait été mis fin au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, bien avant le

terme prévu. L'affaire avait été portée devant la Cour par la Commission européenne dans le cadre d'une procédure en infraction distincte concernant les obligations qui incombaient à la Hongrie en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 sur la protection des personnes vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, plus précisément l'exigence en vertu de laquelle l'autorité chargée de la protection des données devait être une autorité indépendante. Les extraits pertinents de l'arrêt se lisent ainsi :

« 57. En l'occurrence, l'article 15, paragraphe 1, de la loi de 1993, applicable au commissaire en vertu de l'article 23, paragraphe 2, de la loi de 1992, prévoyait que le mandat du commissaire ne pouvait prendre fin que du fait de l'échéance de son mandat, de son décès, de sa démission, de la déclaration d'un conflit d'intérêt, de sa mise à la retraite d'office ou de sa démission d'office. Ces trois dernières hypothèses nécessitaient une décision du Parlement adoptée à la majorité des deux tiers de ses membres. En outre, tant la mise à la retraite d'office que la démission d'office ne pouvaient intervenir que dans des circonstances limitées, précisées respectivement aux paragraphes 5 et 6 du même article 15.

58. Or, il est constant qu'il n'a pas été mis fin au mandat du commissaire en application de l'une de ces dispositions et en particulier qu'il n'a pas officiellement démissionné.

59. Il s'ensuit que la Hongrie a mis fin au mandat du commissaire sans respecter les garanties mises en place par la loi afin de protéger son mandat, portant ainsi atteinte à son indépendance au sens de l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46. Le fait que cette cessation anticipée résulte d'un changement de modèle institutionnel n'est pas susceptible de la rendre compatible avec l'indépendance des autorités de contrôle requise par cette disposition (...).

60. Certes, les États membres sont libres d'adopter et de modifier le modèle institutionnel qu'ils estiment le plus adapté pour leurs autorités de contrôle. Toutefois, ils doivent dans ce cadre veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance de l'autorité de contrôle résultant de l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46, laquelle implique l'obligation de respecter la durée du mandat de celle-ci (...).

61. En outre, même si, comme le soutient la Hongrie, le commissaire et l'Autorité se distinguent de manière fondamentale par leur organisation et par leur structure, ces deux entités sont, en substance, chargées de missions identiques, à savoir celles dévolues aux autorités de contrôle nationales en application de la directive 95/46, ainsi que cela ressort des missions qui leur ont respectivement été confiées et de la continuité entre celles-ci dans le traitement des dossiers, qui est assurée par l'article 75, paragraphes 1 et 2, de la loi de 2011. Ce seul changement de modèle institutionnel ne peut donc pas objectivement justifier qu'il puisse être mis fin au mandat de la personne qui était chargée des fonctions de commissaire sans que soient prévues des mesures transitoires permettant de garantir le respect de la durée de son mandat.

62. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que, en mettant fin de manière anticipée au mandat de l'autorité de contrôle de la protection des données à caractère personnel, la Hongrie a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 95/46. »



### 3. Le Parlement européen

**71.** Le 16 février 2012, le Parlement européen adopta une résolution « sur les récents événements politiques en Hongrie » (2012/2511(RSP)), dans laquelle il exprimait de graves inquiétudes quant à la situation hongroise, en particulier concernant l'exercice de la démocratie, l'état de droit, le respect et la protection des droits de l'homme et des droits sociaux, et le système d'équilibre des pouvoirs. Il expliquait que selon la Loi fondamentale et ses dispositions transitoires, la Cour suprême avait été renommée « *Kúria* » et qu'il avait été mis fin prématurément – après deux ans seulement – au mandat de six ans de l'ancien président de la Cour suprême. Il demandait à la Commission européenne de surveiller attentivement les éventuelles modifications et la mise en œuvre des lois en question ainsi que leur conformité avec les traités européens et de réaliser une étude approfondie pour garantir :

« la pleine indépendance de l'appareil judiciaire, en veillant en particulier à ce que l'autorité judiciaire nationale, le cabinet du procureur et les tribunaux en général soient exempts de toute influence politique, et pour s'assurer que le mandat des juges nommés en toute indépendance ne puisse être raccourci de façon arbitraire. »

## IV. TEXTES INTERNATIONAUX ET TEXTES DU CONSEIL DE L'EUROPE RELATIFS À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE ET AU PRINCIPE D'INAMOVIBILITÉ DES JUGES

### A. Les Nations unies

**72.** Les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature ont été adoptés par le septième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui s'est tenu à Milan en 1985. Ils ont été entérinés par l'Assemblée générale des Nations unies dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Les paragraphes pertinents se lisent ainsi :

« 8. Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, les magistrats jouissent, comme les autres citoyens, de la liberté d'expression, de croyance, d'association et d'assemblée; toutefois, dans l'exercice de ces droits, ils doivent toujours se conduire de manière à préserver la dignité de leur charge et l'impartialité et l'indépendance de la magistrature.

(...)

12. Les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat.

(...)

18. Un juge ne peut être suspendu ou destitué que s'il est inapte à poursuivre ses fonctions pour incapacité ou inconduite.

(...)

20. Des dispositions appropriées doivent être prises pour qu'un organe indépendant ait compétence pour réviser les décisions rendues en matière disciplinaire, de suspension ou de destitution. Ce principe peut ne pas s'appliquer aux décisions

rendues par une juridiction suprême ou par le pouvoir législatif dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire. »

**73.** Dans son Observation générale no 32 sur l'article 14 (droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, publiée le 23 août 2007, le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'exprima comme suit :

« 19. La garantie de compétence, d'indépendance et d'impartialité du tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 est un droit absolu qui ne souffre aucune exception. La garantie d'indépendance porte, en particulier, sur la procédure de nomination des juges, les qualifications qui leur sont demandées et leur inamovibilité jusqu'à l'âge obligatoire de départ à la retraite ou l'expiration de leur mandat pour autant que des dispositions existent à cet égard ; les conditions régissant l'avancement, les mutations, les suspensions et la cessation de fonctions ; et l'indépendance effective des juridictions de toute intervention politique de l'exécutif et du législatif. Les États doivent prendre des mesures garantissant expressément l'indépendance du pouvoir judiciaire et protégeant les juges de toute forme d'ingérence politique dans leurs décisions par le biais de la Constitution ou par l'adoption de lois qui fixent des procédures claires et des critères objectifs en ce qui concerne la nomination, la rémunération, la durée du mandat, l'avancement, la suspension et la révocation des magistrats, ainsi que les mesures disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet. Une situation dans laquelle les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent pas être clairement distinguées et dans laquelle le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier est incompatible avec le principe de tribunal indépendant. Il est nécessaire de protéger les magistrats contre les conflits d'intérêts et les actes d'intimidation. Afin de préserver l'indépendance des juges, leur statut, y compris la durée de leur mandat, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite sont garantis par la loi. 20. Les juges ne peuvent être révoqués que pour des motifs graves, pour faute ou incompétence, conformément à des procédures équitables assurant l'objectivité et l'impartialité, fixées dans la Constitution ou par la loi. La révocation d'un juge par le pouvoir exécutif, par exemple avant l'expiration du mandat qui lui avait été confié, sans qu'il soit informé des motifs précis de cette décision et sans qu'il puisse se prévaloir d'un recours utile pour la contester, est incompatible avec l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il en va de même lorsque, par exemple, le pouvoir exécutif révoque des juges supposés être corrompus sans respecter aucune des procédures légales. »

**74.** Dans l'affaire *Pastukhov c. Belarus* (communication no 814/1998, 17 septembre 2003), le Comité des droits de l'homme s'exprima comme suit :

« 7.3 Le Comité prend note de la thèse de l'auteur consistant à dire qu'il ne pouvait être mis fin à ses fonctions de juge dans la mesure où il avait été élu à ce poste le 28 avril 1994 pour une durée de 11 ans, conformément à la législation alors en vigueur. Le Comité note aussi que le fondement du décret présidentiel no 106, du 24 janvier 1997, n'était pas le remplacement de la Cour constitutionnelle par un nouveau tribunal mais visait l'auteur personnellement et que le seul motif donné dans ce décret pour mettre fin aux fonctions de l'auteur était l'expiration de son mandat de juge de la Cour constitutionnelle, ce qui n'était manifestement pas le cas. De plus, l'auteur n'a pu se prévaloir d'aucun recours utile pour contester la décision du pouvoir exécutif de mettre fin à ses fonctions. Dans ces circonstances,

le Comité estime que le fait de mettre fin aux fonctions de juge de la Cour constitutionnelle qu'occupait l'auteur, plusieurs années avant l'expiration du mandat pour lequel il avait été nommé, constitue une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire et une violation du droit d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. Il y a donc eu une violation de l'article 25 c) du Pacte, lu conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 14, relatif à l'indépendance du pouvoir judiciaire, et avec les dispositions de l'article 2 du Pacte. »

**75.** Dans l'affaire *Mundyo Busyo et autres c. la République démocratique du Congo* (communication no 933/2000, 19 septembre 2003), le Comité des droits de l'homme se prononça comme suit (notes de bas de page omises) :

« 5.2 Le Comité constate que les auteurs ont formulé des allégations précises et détaillées relatives à leur révocation en dehors des procédures et garanties légales prévues à cet effet. Le Comité note, à ce sujet, que le Ministre de la Justice, dans son rapport de juin 1999 (...) et le Procureur Général de la République, dans le rapport du Ministère public du 19 septembre 2000 (...) reconnaissent que les procédures et les garanties prévues en matière de révocation n'ont pas été respectées. Par ailleurs, le Comité estime que les circonstances invoquées par le Décret-Présidentiel N°144 ne sauraient, dans le cas d'espèce, être retenues par le Comité comme des motifs permettant de justifier la conformité des mesures de révocation au regard du droit, et en particulier de l'article 4 Pacte. En effet, le Décret-Présidentiel comporte une simple référence à des circonstances particulières sans pour autant préciser la nature et l'ampleur des dérogations au regard des droits consacrés par la législation nationale et le Pacte, ni démontrer la stricte nécessité de ces dérogations et de leur durée. De plus, le Comité constate l'absence de notification internationale de la part de la République démocratique du Congo relative à l'utilisation du droit de dérogation, tel que prévu au paragraphe 3 de l'article 4 du Pacte. Conformément à sa jurisprudence, le Comité rappelle, par ailleurs, que le principe d'accès à la fonction publique dans des conditions d'égalité implique pour l'État le devoir de veiller à ce qu'il ne s'exerce aucune discrimination. Ce principe vaut à fortiori pour les personnes en poste dans la fonction publique et, qui plus est, à l'endroit de celles ayant fait l'objet d'une révocation. En ce qui concerne l'article 14§1, le Comité constate l'absence de réponse de l'État partie et relève, d'une part, que les auteurs n'ont pas bénéficié des garanties attachées à leurs fonctions de magistrats en vertu desquels ils auraient dû être traduits devant le Conseil Supérieur de la Magistrature conformément à la loi, et que d'autre part, le Président de la Cour Suprême a publiquement, avant le procès, apporté son soutien aux révocations intervenues (...) portant ainsi atteinte au caractère équitable de celui-ci. Aussi, le Comité considère que ces révocations constituent une atteinte à l'indépendance du judiciaire protégée par l'article 14§1 du Pacte. Les mesures de révocation à l'endroit des auteurs ont été prises en se fondant sur des motifs ne pouvant pas être retenus par le Comité afin de justifier le non-respect des procédures et garanties prévues dont tout citoyen doit pouvoir bénéficier dans des conditions générales d'égalité. En l'absence de réponse de l'État partie, et dans la mesure où la Cour Suprême, par son arrêt du 26 septembre 2001, a privé les auteurs de tout recours après avoir déclaré irrecevables leurs requêtes au motif que le décret présidentiel no 144 constituait un acte de Gouvernement, le Comité estime que les faits, dans le cas d'espèce, montrent qu'il y a eu violation de l'alinéa c) de l'article 25 du Pacte lu conjointement avec l'article 14, paragraphe 1 sur l'indépendance du judiciaire et l'article 2, paragraphe 1 du Pacte. »

**76.** Dans l'affaire *Bandaranayake c. Sri Lanka* (communication no 1376/2005, 24 juillet 2008), le Comité des droits de l'homme s'exprima comme suit (notes de bas de page omises) :

« 7.1 Le Comité fait observer que l'alinéa c de l'article 25 du Pacte reconnaît le droit d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques, et renvoie à sa jurisprudence selon laquelle pour assurer l'accès dans des conditions générales d'égalité, non seulement les critères mais aussi les «procédures régissant la nomination, l'avancement, la suspension et le licenciement doivent être objectifs et raisonnables». Une procédure n'est pas objective ou raisonnable si elle ne respecte pas les conditions d'équité élémentaire en la matière. Le Comité considère également que le droit d'avoir accès, dans des conditions d'égalité, à la fonction publique inclut le droit de ne pas être révoqué arbitrairement de la fonction publique. Il note que l'auteur fait valoir que la procédure ayant abouti à sa révocation n'était ni objective ni raisonnable. Malgré des demandes répétées, il n'a pas reçu de copie du procès-verbal de sa première audience devant la Commission de la magistrature le 18 novembre 1998 ; cela est confirmé par la décision de la Cour suprême du 6 septembre 2004 et n'est pas contesté par l'État partie. Il n'a pas reçu non plus les conclusions de la Commission d'enquête, sur la base desquelles il a été révoqué par la Commission de la magistrature. La décision rendue par la cour d'appel confirme que ces documents ne lui ont jamais été fournis, conformément à la disposition expresse figurant à l'article 18 du Règlement de la Commission de la magistrature.

7.2 (...) Le Comité considère que le fait pour la Commission de la magistrature de ne pas avoir fourni à l'auteur toutes les pièces nécessaires pour qu'il puisse bénéficier d'une procédure équitable et, en particulier, le fait de ne pas l'avoir informé des motifs pour lesquels la Commission d'enquête avait conclu qu'il était coupable, conclusion qui a elle-même abouti à sa révocation, sont des éléments qui, par leur conjonction, font que la procédure n'a pas respecté les conditions d'équité élémentaire en la matière et, partant, était déraisonnable et arbitraire. Pour ces raisons, le Comité considère que la conduite de la procédure de révocation n'a été ni objective ni raisonnable et qu'elle n'a pas respecté le droit de l'auteur d'avoir accès, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. En conséquence, il y a eu violation de l'article 25 c) du Pacte.

7.3 Le Comité rappelle, comme il l'énonce dans son Observation générale [no 32] relative à l'article 14, que la révocation de juges en violation de l'article 25 c) peut constituer une violation de cette garantie, considérée à la lumière du paragraphe 1 de l'article 14 qui prévoit l'indépendance du pouvoir judiciaire. Comme il est indiqué dans la même Observation générale, le Comité rappelle que «les juges ne peuvent être révoqués que pour des motifs graves, pour faute ou incompétence, conformément à des procédures équitables assurant l'objectivité et l'impartialité, fixées dans la Constitution ou par la loi». Pour les raisons exposées au paragraphe 7.2, la procédure qui a abouti à la révocation de l'auteur n'a pas respecté les conditions d'équité élémentaire et n'a pas été de nature à permettre que l'auteur bénéficie des garanties nécessaires auxquelles il avait droit en sa qualité de juge, ce qui a représenté une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Pour cette raison le Comité conclut que les droits consacrés à l'article 25 c), lu conjointement au paragraphe 1 de l'article 14, ont été violés. »

## B. Le Conseil de l'Europe

**77.** Les passages pertinents de la Charte européenne sur le statut des juges du 8-10 juillet 1998<sup>6</sup> se lisent ainsi :

« 1.3 Pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci.

(...)

5.1. Le manquement par un juge ou une juge à l'un des devoirs expressément définis par le statut ne peut donner lieu à une sanction que sur la décision, suivant la proposition, la recommandation ou avec l'accord d'une juridiction ou d'une instance comprenant au moins pour moitié des juges élus, dans le cadre d'une procédure à caractère contradictoire où le ou la juge poursuivis peuvent se faire assister pour leur défense. L'échelle des sanctions susceptibles d'être infligées est précisée par le statut et son application est soumise au principe de proportionnalité. La décision d'une autorité exécutive, d'une juridiction ou d'une instance visée au présent point prononçant une sanction est susceptible d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel.

(...)

7.1. Le ou la juge cessent définitivement d'exercer leurs fonctions par l'effet de la démission, de l'inaptitude physique constatée sur la base d'une expertise médicale, de la limite d'âge, du terme atteint par leur mandat légal ou de la révocation prononcée dans le cadre d'une procédure telle que visée au point 5.1.

7.2. La survenance d'une des causes visées au point 7.1., autre que la limite d'âge ou le terme du mandat légal, doit être vérifiée par l'instance visée au point 1.3. »

**78.** Les extraits pertinents de l'annexe à la recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée le 17 novembre 2010, se lisent ainsi :

« Inamovibilité et terme des fonctions

49. L'inamovibilité constitue un des éléments clés de l'indépendance des juges. En conséquence, les juges devraient être inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite, s'il en existe un.

50. Le terme des fonctions des juges devrait être établi par la loi. Il ne devrait être mis fin à une nomination définitive qu'en cas de manquement grave d'ordre disciplinaire ou pénal établi par la loi, ou lorsque le juge ne peut plus accomplir ses fonctions judiciaires. Un départ anticipé à la retraite ne devrait être possible qu'à la demande du juge concerné ou pour des motifs d'ordre médical.

(...)

52. Un juge ne devrait recevoir une nouvelle affectation ou se voir attribuer d'autres fonctions judiciaires sans y avoir consenti, sauf en cas de sanctions disciplinaires ou de réforme de l'organisation du système judiciaire. »

<sup>6</sup>. Adoptée lors d'une réunion (organisée sous l'égide du Conseil de l'Europe) qui eut lieu à Strasbourg les 8-10 juillet 1998 entre différents participants issus de pays européens et deux associations internationales de magistrats, et entérinée par la réunion des présidents des cours suprêmes des pays d'Europe centrale et orientale qui se tint à Kiev les 12-14 octobre 1998, puis une fois encore par des magistrats et des représentants des ministres de la Justice de vingt-cinq pays européens réunis à Lisbonne les 8-10 avril 1999.

**79.** Les passages pertinents de l'Avis no 1 (2001) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges, adopté le 23 novembre 2001, se lisent ainsi :

« Conditions d'exercice (inamovibilité et régime de sanctions disciplinaires)

57. Selon un grand principe de l'indépendance judiciaire, l'exercice de la fonction occupée par un juge doit être garanti jusqu'à l'âge légal de la retraite ou l'expiration du mandat confié pour la durée déterminée : voir les principes fondamentaux des Nations Unies [sur l'indépendance judiciaire] paragraphe 12 ; la Recommandation no R (94) 12 [du Comité des Ministres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges] Principe I(2)(a) (ii) et (3) et Principe VI (1) et (2). Selon la Charte européenne [sur le statut des juges], ce principe s'étend à la désignation ou la nomination dans un service ou un lieu différents sans le consentement de l'intéressé (sauf en cas de réorganisation judiciaire ou de mutation temporaire), mais la Charte comme la Recommandation no R (94) 12 précisent que la mutation peut être ordonnée à titre de sanction disciplinaire.

(...)

59. L'existence d'exceptions aux règles d'inamovibilité, notamment celles qui découlent de sanctions disciplinaires, conduit immédiatement à s'intéresser à l'instance et à la méthode par laquelle les juges peuvent être sanctionnés, ainsi qu'aux motifs des sanctions disciplinaires. La Recommandation no R (94) 12, Principe VI (2) et (3), insiste sur la nécessité d'une définition précise des infractions pour lesquelles un juge peut être révoqué, et de procédures disciplinaires respectant les exigences liées aux droits de la défense de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle ajoute en outre que « les États devraient étudier la possibilité de constituer, conformément à une loi, un organe compétent spécial chargé d'appliquer les sanctions et mesures disciplinaires, lorsqu'elles ne sont pas examinées par un tribunal, et dont les décisions devraient être contrôlées par un organe judiciaire supérieur, ou qui serait lui-même un organe judiciaire supérieur ». La Charte européenne assigne ce rôle à une instance indépendante qui devrait « intervenir » dans tous les aspects de la sélection et de la carrière de chaque juge.

60. Le CCJE estime

a) que l'inamovibilité des juges devrait être un élément exprès de l'indépendance consacrée au niveau interne le plus élevé (...) ;

b) que l'intervention d'une instance indépendante selon une procédure qui garantit pleinement les droits de la défense, est d'une importance capitale dans les questions de discipline ; et

c) qu'il serait utile d'élaborer des règles définissant non seulement la conduite qui peut conduire à la révocation, mais aussi l'ensemble des comportements qui peuvent entraîner des sanctions disciplinaires ou un changement de statut comme par exemple une mutation à un autre tribunal ou en un autre lieu. »

**80.** Les extraits pertinents de l'avis no 3 (2002) du CCJE sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité se lisent comme suit :

« b) Impartialité et comportement extra-judiciaire du juge

31. Plus largement, il conviendrait de réfléchir sur la participation des juges à des débats publics de nature politique : pour que le public conserve sa confiance dans le système judiciaire, il est souhaitable que les juges ne s'exposent pas à des attaques politiques incompatibles avec la nécessaire neutralité de la fonction juridictionnelle.

(...)

33. Les débats au sein du CCJE ont montré qu'il fallait assurer un équilibre entre la liberté d'opinion et d'expression du juge et l'exigence de neutralité. Il apparaît dès lors nécessaire que le juge, même si son adhésion à un parti politique ou sa participation au débat public sur les grands problèmes de société ne peut être écartée, s'abstienne au moins d'une activité politique de nature à compromettre son indépendance et à porter atteinte à son image d'impartialité.

34. Mais le juge devrait pouvoir participer à certains débats concernant la politique judiciaire de l'État. Il devrait pouvoir être consulté, et participer activement à l'élaboration des dispositions législatives concernant son statut et plus généralement, le fonctionnement de la justice. (...). »

**81.** Le CCJE a adopté en novembre 2010 une Magna Carta des juges (principes fondamentaux), dont les articles pertinents disposent :

« État de droit et justice

1. Le pouvoir judiciaire constitue l'un des trois pouvoirs de tout État démocratique. Sa mission est de garantir l'existence de l'État de droit et ainsi d'assurer la bonne application du droit de manière impartiale, juste, équitable et efficace.

Indépendance des juges

2. L'indépendance et l'impartialité du juge sont des conditions préalables indispensables au fonctionnement de la justice.

3. L'indépendance du juge doit être statutaire, fonctionnelle et financière. Par rapport aux autres pouvoirs de l'État, elle doit être garantie aux justiciables, aux autres juges et à la société en général, par des règles internes au niveau le plus élevé. Il appartient à l'État et à chaque juge de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire.

4. L'indépendance du juge doit être garantie dans le cadre de l'activité judiciaire, en particulier pour le recrutement, la nomination jusqu'à l'âge de la retraite, la promotion, l'inamovibilité, la formation, l'immunité judiciaire, la discipline, la rémunération et le financement du système judiciaire.

Garanties de l'indépendance

(...)

6. Les procédures disciplinaires doivent se dérouler devant un organe indépendant, avec la possibilité d'un recours devant un tribunal.

(...)

9. Le pouvoir judiciaire doit être impliqué dans toutes les décisions qui affectent l'exercice des fonctions judiciaires (organisation des tribunaux, procédures, autres législations). »

**82.** La Commission de Venise, dans son avis sur le projet de loi modifiant et complétant le code judiciaire de l'Arménie (durée du mandat des présidents de tribunaux) adopté par elle lors de sa 99ème session plénière (Venise, 13-14 juin 2014, CDL-AD(2014)021), s'exprima comme suit au sujet de la proposition de cessation du mandat des présidents de tribunaux nommés pour une durée indéterminée :

« V. La seconde question

46. En ce qui concerne la seconde question, la proposition de cessation – en vertu de la nouvelle loi (modifiée) – du mandat des présidents des tribunaux nommés pour une durée indéterminée suscite des interrogations.

47. Comme il a été mentionné précédemment dans les considérations théoriques, en règle générale, l'effet rétroactif d'une nouvelle réglementation est sujet à caution. Si cet effet rétroactif concerne des droits garantis par la législation avant l'entrée en vigueur des modifications ou s'il porte sur des attentes légitimes fondées sur elle, il devrait être justifié par des motifs impérieux. De plus, il est dans

l'intérêt du maintien de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la bonne administration de la justice de protéger les magistrats contre les révocations arbitraires et les ingérences dans l'exercice de leurs fonctions.

48. Il ne fait aucun doute que le projet de loi aura des effets négatifs sur les présidents des tribunaux qui ont déjà été nommés pour occuper ce poste jusqu'à leur retraite. En vertu de la disposition transitoire figurant à l'article 10.2 du projet de loi, les présidents des tribunaux de première instance ou des cours d'appel nommés avant l'entrée en vigueur de la loi occuperont leurs fonctions jusqu'au 1er janvier 2015.

49. On pourrait soutenir que les présidents des tribunaux qui ont déjà été nommés pour occuper leurs fonctions jusqu'à la retraite sont fondés à s'attendre que leur poste ne fera pas l'objet d'une nouvelle nomination et que leur mandat ne sera pas révoqué avant qu'ils atteignent l'âge de départ à la retraite. Ces attentes pourraient découler des dispositions du Code judiciaire lui-même, à savoir son article 4 (les présidents des tribunaux sont des juges) et son article 14.2 (« Un juge occupe ses fonctions jusqu'à 65 ans »).

50. La révocation des juges dans un délai si bref suppose quasiment qu'après l'entrée en vigueur de la modification, des élections des présidents des tribunaux devraient être organisées et qu'à l'issue de ces élections, tous les mandats des présidents nommés avant l'entrée en vigueur de la modification (à l'exception du président de la Cour de cassation) devraient être révoqués. Ce changement radical pourrait donner l'impression que la disposition transitoire vise seulement à fournir l'occasion d'un vaste renouvellement des présidents des tribunaux.

51. La Commission de Venise fait observer que le principe de sécurité juridique associé à la protection des attentes légitimes, à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à l'administration effective de la justice appelle – si aucune raison impérieuse ne peut être invoquée – un délai de révocation du mandat des présidents des tribunaux sensiblement plus long.

52. En ce qui concerne la justification ou les raisons impérieuses d'une telle disposition transitoire, les modifications sont proposées au vu de la possible surestimation du rôle des présidents des tribunaux arméniens, qui risquerait involontairement de créer une situation dans laquelle ceux-ci pourraient influencer d'autres juges. La Commission de Venise note cependant que les pouvoirs des présidents des tribunaux, tels que définis à l'article 25 du Code judiciaire, sont essentiellement de nature administrative. Bien que la proposition de réforme poursuive le but légitime d'éviter toute influence injustifiée des présidents des tribunaux sur d'autres juges, il ne ressort pas de l'exposé des motifs que la nécessité de révocation du mandat des présidents en poste soit urgente au point de justifier leur révocation radicale et immédiate.

53. La Commission conclut donc que ce renouvellement radical des présidents dans le cadre de la modification proposée n'est pas justifié et qu'il ne découle pas des dispositions figurant dans la Constitution de la République d'Arménie. Comme il a déjà été mentionné, les dispositions proposées pourraient donner l'impression qu'elles visent uniquement à remplacer de façon radicale certains magistrats. Cette impression est nécessairement contraire au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire.

54. Une disposition transitoire moins radicale, par exemple la cessation des fonctions après une période de quatre ans à partir de l'entrée en vigueur de la modification en question, serait moins perturbante. »

**83.** Dans l'avis conjoint de la Commission de Venise et de la direction des droits de l'homme (DHR) de la direction générale des droits de l'homme et de l'état de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet de loi portant modification de la loi organique relative aux juridictions de droit commun de Géorgie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 100e session plénière (Rome, 10-11 octobre 2014, CDL-AD(2014)031), la question de



la cessation de certaines fonctions de présidents de juridiction fut examinée dans les termes suivants :

« 3. Cessation de certaines fonctions lors de l'entrée en vigueur du projet de loi (article 2 du projet de loi)

95. Selon l'article 2 (3) du projet de loi, l'entrée en vigueur de ce projet de loi entraîne la cessation de fonctions des présidents de tribunal d'instance et de cour d'appel et des vice-présidents de cour d'appel. L'article 2(4) met fin de la même manière au mandat des présidents de chambre, de collège de juges et de chambre d'instruction, tandis que l'article 2(5) prévoit les nouvelles nominations des administrateurs de juridiction.

96. Les amendements ne donnent aucune justification à cette vaste cessation de fonctions judiciaires.

97. La Commission de Venise et la Direction estiment que le maintien de l'indépendance de la magistrature et la bonne administration de la justice exigent que les magistrats soient protégés contre toute révocation arbitraire et ingérence dans l'exercice de leurs fonctions. De plus, bien que le mandat des présidents de juridiction soit actuellement limité à cinq ans à compter de leur nomination, on pourrait considérer qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à ce que leur nomination antérieure ne prenne pas fin avant le terme de leur mandat de cinq ans prévu par la loi organique. Ce changement radical des présidents de juridiction pourrait donner l'impression que les dispositions transitoires sont uniquement motivées par la volonté de permettre ce changement, ce qui pourrait entamer la confiance des justiciables dans la justice.

98. C'est la raison pour laquelle cette révocation des présidents de juridiction lors de l'entrée en vigueur du projet de loi peut uniquement se justifier par des raisons impérieuses. Mais il ne ressort pas de la note explicative fournie par les autorités, des réunions organisées à Tbilissi ni du projet de loi lui-même que la nécessité de révoquer les présidents de ces tribunaux soit si urgente qu'elle justifie une aussi vaste cessation de mandats judiciaires.

99. En conséquence, il est recommandé de supprimer l'article 2 du projet de loi et de maintenir en fonction les présidents de juridiction jusqu'au terme de leur mandat. »

## C. La Cour interaméricaine des droits de l'homme

**84.** La Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans sa jurisprudence concernant les destitutions de magistrats, se réfère aux Principes fondamentaux des Nations unies relatifs à l'indépendance de la magistrature, ainsi qu'à l'Observation générale no 32 relative à l'article 14 adoptée par le Comité des droits de l'homme des Nations unies. Dans son arrêt *Cour suprême de Justice (Quintana Coello et autres) c. Équateur* du 23 août 2013, qui concernait la destitution, par voie de résolution parlementaire, de 27 juges de la Cour suprême de justice de l'Équateur, la Cour interaméricaine estima que l'État équatorien avait violé l'article 8 § 1 (droit à un procès équitable) combiné avec l'article 1 § 1 (obligation de respecter les droits) de la Convention américaine aux détriments des victimes, qui selon elle avaient été destituées par un organe qui n'avait pas compétence pour le faire et qui, de plus, ne leur avait pas donné la possibilité d'être entendues. La Cour jugea également qu'il y avait eu violation de l'article 8 § 1 combiné avec l'article 23 § 1 c) (droit d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de leur pays) et de l'article 1 § 1 de la Convention américaine des droits de

l'homme à raison du caractère arbitraire des effets produits par les mesures litigieuses sur la stabilité des fonctions des juges et des conséquences de ces mesures pour l'indépendance de la justice. Concernant les standards généraux applicables en matière d'indépendance judiciaire, la Cour s'exprima comme suit (notes de bas de page omises) :

[Traduction du greffe]

« 1 § 1. Standards généraux en matière d'indépendance judiciaire

144. Dans sa jurisprudence, la Cour a indiqué que la portée des garanties judiciaires et l'effectivité de la protection judiciaire accordée aux juges devaient être examinées à l'aune des standards applicables en matière d'indépendance judiciaire. Dans l'affaire *Reverón Trujillo c. Venezuela*, la Cour a insisté sur le fait que, à la différence des autres fonctionnaires, les juges bénéficient de garanties spécifiques, liées à l'indépendance requise des magistrats, que la Cour conçoit comme « essentielle à l'exercice des fonctions judiciaires ». La Cour a réaffirmé que l'un des objectifs principaux de la séparation des pouvoirs est de garantir l'indépendance des juges. Le but de cette protection est de faire en sorte que le système judiciaire en général et ses membres en particulier ne fassent pas l'objet, dans l'exercice des fonctions judiciaires, de restrictions illégitimes de la part d'organes extérieurs à la magistrature, ou même de la part de magistrats exerçant des fonctions de contrôle ou de recours. Dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et conformément aux Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (ci-dessous : « les Principes fondamentaux »), les garanties suivantes sont des corollaires de l'indépendance judiciaire : procédure de nomination appropriée, inamovibilité et garanties contre les pressions extérieures.

145. Concernant la portée de l'inamovibilité pertinente en l'espèce, les Principes fondamentaux établissent que « [l]a durée du mandat des juges (...) [est] garanti[e] par la loi » et que « [l]es juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat ». De plus, le Comité des droits de l'homme a estimé que les juges ne devaient pouvoir être révoqués que pour faute grave ou incompétence et dans le respect de procédures équitables, établies par la Constitution ou par la loi et propres à assurer le respect des principes d'objectivité et d'impartialité. Cette Cour a fait siens ces principes, et elle a établi que l'autorité responsable du processus de destitution d'un juge devait agir de manière indépendante et impartiale au cours de la procédure et rendre possible l'exercice des droits de la défense. S'il en est ainsi, c'est que la libre révocation des juges serait de nature à soulever, dans le chef des observateurs, des doutes objectifs quant aux possibilités réelles pour les juges de trancher les litiges sans crainte de subir des représailles.

(...)

147. Cela étant, la garantie d'inamovibilité dont bénéficient les juges n'est pas absolue. Le droit international des droits de l'homme admet que des juges puissent être démis de leurs fonctions pour des conduites qui sont clairement inacceptables. Dans son Observation générale no 32, le Comité des droits de l'homme a estimé que les juges ne devaient pouvoir être révoqués que pour faute grave ou incompétence (...)

148. Par ailleurs, d'autres standards distinguent entre les sanctions applicables, soulignant que la garantie de l'inamovibilité implique que la destitution ne doit pouvoir être prononcée que dans les cas de conduites relativement graves, d'autres sanctions pouvant être envisagées dans les cas de négligence ou d'impéritie.

(...)

150. En ce qui concerne, par ailleurs, la protection octroyée par l'article 23 § 1 c) de la Convention américaine, la Cour a précisé dans les affaires *Apitz Barbera et autres*, et *Reverón Trujillo* que cette disposition n'établit pas un droit à accéder à un

emploi public mais qu'elle garantit un accès aux emplois publics « dans des conditions générales d'égalité ». Cela signifie que le respect de ce droit et sa garantie sont assurés quand il existe des « procédures claires et des critères objectifs relativement à la désignation, la promotion, la suspension et la destitution » et que « les intéressés ne sont pas soumis à des discriminations » dans l'exercice de ce droit. À cet égard, la Cour a souligné que l'égalité des chances en matière d'accès aux emplois publics et la stabilité dans ces emplois sont de nature à assurer une protection contre toute ingérence ou pression politiques.

151. De même, la Cour a déclaré que la garantie d'inamovibilité des juges est liée au droit de continuer à exercer, dans des conditions générales d'égalité, une fonction publique. Dans l'affaire *Reverón Trujillo*, elle a en effet indiqué que « l'accès dans des conditions d'égalité constituerait une garantie insuffisante s'il n'était pas accompagné d'une protection effective du maintien dans ce à quoi on a eu accès ».

152. Le Comité des droits de l'homme a estimé pour sa part, dans des affaires de destitutions arbitraires de juges, que le non-respect des exigences élémentaires du procès équitable viole le droit à un procès équitable garanti par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (l'équivalent de l'article 8 de la Convention américaine), combiné avec le droit pour les citoyens d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de leur pays, consacré par l'article 25 c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (l'équivalent de l'article 23 § 1 c) de la Convention américaine).

153. Les éléments qui précèdent permettent de clarifier certains aspects de la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Reverón Trujillo c. Venezuela*, la Cour a conclu que le droit à un juge indépendant consacré par l'article 8 § 1 de la Convention s'analyse seulement en un droit pour le justiciable à être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Il importe toutefois de relever que l'indépendance judiciaire ne doit pas seulement être analysée par rapport au justiciable, car le juge doit de son côté disposer d'un certain nombre de garanties pour que l'indépendance judiciaire soit possible. La Cour juge opportun de préciser que dans le cas d'un juge touché par une décision de l'État qui affecte de manière arbitraire la durée de son mandat, la violation de la garantie de l'indépendance judiciaire, dans la mesure où elle est liée à l'inamovibilité et à la stabilité des juges dans leurs fonctions, doit être examinée à la lumière des droits accordés aux juges par la Convention. En ce sens, la garantie institutionnelle de l'indépendance judiciaire est en lien direct avec le droit pour un juge de se maintenir dans ses fonctions, lequel découle de la garantie d'inamovibilité.

154. Enfin, la Cour a indiqué que l'État devait garantir un exercice indépendant de la fonction judiciaire considérée tant sous son aspect institutionnel, c'est-à-dire en relation avec le pouvoir judiciaire envisagé comme système, que sous son aspect individuel, c'est-à-dire en relation avec la personne du juge. La Cour juge opportun de préciser que la dimension objective est liée à des aspects essentiels du principe de l'état de droit, tels que le principe de la séparation des pouvoirs et l'importance du rôle joué par la fonction judiciaire dans une démocratie. Cette dimension objective transcende ainsi la personne du juge et touche la société dans son ensemble. De même, il y a un lien direct entre la dimension objective de l'indépendance judiciaire et le droit pour les juges d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de leur pays.

155. En gardant à l'esprit les standards susmentionnés, la Cour considère que i) le respect des garanties judiciaires implique le respect de l'indépendance judiciaire, ii) l'étendue de l'indépendance judiciaire se caractérise par l'existence d'un droit subjectif à n'être destitué que pour les raisons permises, que ce soit par le biais d'un procès satisfaisant aux garanties judiciaires ou parce que son mandat a expiré, et iii) lorsque l'on touche de manière arbitraire à la stabilité des juges dans leurs fonctions, on porte atteinte au droit à l'indépendance judiciaire consacré par l'article 8 § 1 de la Convention américaine, combiné avec le droit d'accéder, dans des

conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays établi par l'article 23 § 1 c) de la Convention américaine. »

**85.** La Cour interaméricaine a réaffirmé ces principes et est parvenue à une conclusion similaire dans les affaires *Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Équateur*, arrêt du 28 août 2013, §§ 188-199, et *López Lone et autres c. Honduras*, arrêt du 5 octobre 2015, §§ 190-202 et 239-240.

## **D. Autres textes internationaux**

**86.** La Charte universelle du juge a été approuvée par l'Association internationale des juges le 17 novembre 1999. Son article 8 est ainsi libellé :

[Traduction du greffe]

« Article 8 : Inamovibilité

Un juge ne peut être transféré, suspendu ou destitué que si une telle mesure est prévue par la loi et uniquement en vertu d'une décision prise dans le cadre d'une procédure disciplinaire adéquate.

Un juge doit être nommé à vie ou pour une période et à des conditions garantissant l'absence de péril pour l'indépendance judiciaire.

Une modification de l'âge de départ obligatoire à la retraite des juges ne peut pas avoir d'effet rétroactif. »

**87.** L'Association internationale du barreau a adopté en 1982 des Règles minimales sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, dont les passages pertinents en l'espèce se lisent ainsi :

[Traduction du greffe]

« 20. a) Une législation qui modifie les modalités et conditions d'exercice de la fonction judiciaire ne peut être appliquée aux juges qui sont en poste au moment de son adoption que si les modifications améliorent les conditions d'exercice de la fonction.

b) Une législation qui réorganise ou supprime des juridictions ne peut affecter la situation des juges en poste au sein de ces juridictions qu'au travers d'un transfert vers d'autres juridictions de même niveau ou de même statut. »

## **EN DROIT**

### **I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION**

**88.** Le requérant se plaint de ne pas avoir eu accès à un tribunal pour faire valoir ses droits relativement à la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême. Il explique que cette mesure est la conséquence d'un texte de loi de rang constitutionnel et qu'il a ainsi été privé de toute possibilité d'en solliciter le contrôle par un tribunal, même par la Cour constitutionnelle. Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé en ses passages pertinents en l'espèce :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

## A. L'arrêt de la chambre

**89.** Dans son arrêt du 27 mai 2014, la chambre a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Notant que le critère énoncé dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ([GC], no 63235/00, CEDH 2007-II) quant à l'applicabilité de l'article 6 à des litiges concernant des fonctionnaires était indissociable du fond du grief que le requérant tirait de cette disposition en l'espèce (accès à un tribunal), elle a joint au fond la question de sa compétence *ratione materiae* (paragraphe 71 de l'arrêt de la chambre). Lorsqu'elle a appliqué ce critère (« le critère *Eskelinen* »), elle a observé que les dispositions de la législation hongroise ne privaient expressément ni les juges de la Cour suprême ni leur président du droit d'accès à un tribunal mais qu'elles garantissaient au contraire expressément ce droit en cas de destitution d'un chef de juridiction (paragraphe 74 de l'arrêt). Elle a constaté que l'accès du requérant à un tribunal avait été entravé non par une exclusion expresse mais par le fait que la mesure litigieuse – la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême – avait été inscrite dans la nouvelle constitution elle-même et ne pouvait dès lors faire l'objet d'aucun type de contrôle juridictionnel, même par la Cour constitutionnelle. Elle a conclu que dans ces conditions, la nature de la mesure litigieuse elle-même avait rendu l'accès du requérant à un tribunal impossible « en pratique » (paragraphe 75 de l'arrêt) et que, dès lors, on ne pouvait pas dire que le droit national avait « expressément exclu l'accès à un tribunal » pour le grief en cause : la première condition du critère *Eskelinen* n'était donc pas remplie et l'article 6 s'appliquait en son volet civil (paragraphe 76 de l'arrêt).

**90.** En outre, la chambre a considéré que, même à supposer que le cadre législatif national eût privé spécifiquement le requérant du droit d'accès à un tribunal, cette exclusion aurait été injustifiée. Elle a estimé que le simple fait que l'intéressé relevait d'un secteur ou d'un service qui participait à l'exercice de la puissance publique n'était pas en soi déterminant : en l'espèce, l'État n'avait avancé aucun argument de nature à démontrer que l'objet du litige fût lié à l'exercice de l'autorité étatique de sorte que l'exclusion des garanties de l'article 6 aurait été objectivement justifiée. À cet égard, elle a jugé révélateur que l'ancien vice-président de la Cour suprême ait pu, contrairement au requérant, contester auprès de la Cour constitutionnelle la cessation prématurée de son mandat (paragraphe 77 de l'arrêt).

**91.** Dans ces conditions, la chambre s'est estimée compétente *ratione materiae* pour connaître du grief. Considérant que, privé de la possibilité d'accéder à un tribunal compétent pour examiner la cessation prématurée

de son mandat de président de la Cour suprême, le requérant avait été victime de la violation d'un droit garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, elle a rejeté l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement (paragraphe 79 de l'arrêt).

## **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

### *1. Le requérant*

**92.** Le requérant soutient que l'affaire concerne une contestation réelle et sérieuse au sujet d'un « droit » au sens de l'article 6 § 1. Du fait de l'ingérence litigieuse, il aurait été *de facto* démis de son mandat de président de la Cour suprême. Les mesures législatives mettant fin à son mandat auraient porté atteinte à son droit d'exercer celui-ci jusqu'à son terme, droit consacré selon lui expressément et de manière inconditionnelle dans la législation interne et, en particulier, dans la Constitution. L'affaire ne serait ni plus ni moins qu'un litige du travail puisqu'il aurait été réaffecté à un poste de niveau inférieur et que sa rémunération aurait été réduite.

**93.** Le requérant estime que le bon critère à appliquer pour déterminer si son droit revêt un « caractère civil » est le critère *Eskelinen*, qui s'appliquerait quel que soit le droit protégé par l'article 6 § 1 dont on allègue la violation (qu'il s'agisse du droit d'accès à un tribunal ou d'une autre garantie). Il considère qu'aucune des conditions qui, selon ce critère, rendent l'article 6 inapplicable n'est réunie dans son cas. En ce qui concerne la première condition, il argue que, pour que l'article 6 soit inapplicable, une interdiction implicite n'est pas suffisante : le droit national devrait exclure expressément l'accès à un tribunal pour un certain poste ou une certaine catégorie de personnel, et cette exclusion devrait être de nature abstraite, c'est-à-dire qu'elle devrait concerner toutes les personnes occupant des postes équivalents et non un individu en particulier. Or la mesure législative litigieuse mettant fin à son mandat ne concernerait que lui. Le droit hongrois n'exclurait pas le poste ou la catégorie de personnel en question de l'accès à un tribunal mais il garantirait au contraire expressément le droit pour les chefs de juridiction de contester leur destitution devant un tribunal. De plus, la mesure litigieuse mettant fin à son mandat aurait été imprévisible et abusive. En ce qui concerne la seconde condition du critère *Eskelinen*, le requérant argue qu'il ne se trouve pas dans une situation juridique radicalement différente de celle des autres chefs de juridiction : sa charge n'aurait impliqué l'exercice spécial d'aucun pouvoir discrétionnaire inhérent à la souveraineté de l'État de nature à justifier l'impossibilité qui lui est faite d'accéder à un tribunal pour contester sa désinvestiture. Il aurait certes réalisé certaines tâches particulières au sein de l'ordre judiciaire (coordination, orientation et plaidoyer aux fins du développement continu de l'ordre judiciaire), mais du point de vue de la séparation des pouvoirs il n'aurait pas eu avec l'État un « lien de confiance et de loyauté » plus fort

que ses collègues n'en avaient. Tout comme eux, il aurait été un magistrat indépendant. À l'audience, il a plaidé que, à la différence des autres agents de l'État, les juges jouissent de garanties particulières en raison de l'indépendance dont ils doivent faire preuve.

**94.** Ainsi, le requérant estime que l'article 6 § 1 est applicable en l'espèce et qu'il y a eu violation de cette disposition puisqu'il a été privé du droit d'accéder à un tribunal pour contester la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême.

## 2. Le Gouvernement

**95.** Le Gouvernement soulève une exception préliminaire quant à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention. Il soutient que le critère *Eskelinen* a été conçu pour les affaires qui concernent non pas le droit d'accès à un tribunal mais l'applicabilité des garanties procédurales prévues par l'article 6 § 1. En tout état de cause, il estime que les deux conditions cumulatives de ce critère sont réunies, de sorte que l'article 6 serait inapplicable en l'espèce. Premièrement, il argue que, contrairement aux conclusions qui figurent dans l'arrêt de la chambre (paragraphe 75), la nature de la mesure litigieuse elle-même a rendu l'accès du requérant à un tribunal impossible non pas « en pratique » mais « en droit ». Il serait déraisonnable d'attendre du législateur qu'il adopte une disposition excluant expressément l'accès à un tribunal pour des mesures qui, à l'évidence et sans conteste, ne peuvent faire l'objet d'aucune forme de contrôle juridictionnel. En ce qui concerne la deuxième condition, le Gouvernement argue que la charge du requérant impliquait de par sa nature même l'exercice de la puissance publique et de fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État. Il s'appuie à cet égard sur les décisions *Harabin c. Slovaquie* (no 62584/00, 9 juillet 2002), qui concernait le président de la Cour suprême, et *Serdal Apay c. Turquie* (no 3964/05, 11 décembre 2007) et *Nazsiz c. Turquie* (no 22412/05, 26 mai 2009), qui visaient toutes deux des procureurs. Il estime que si la Cour a jugé que des procureurs relevaient de la catégorie des fonctionnaires exerçant des pouvoirs discrétionnaires inhérents à la souveraineté de l'État, il est surprenant qu'en l'espèce la chambre n'ait pas conclu que le président de la Cour suprême de Hongrie, dont les privilèges relèvent de ceux des plus hauts fonctionnaires du pays, se trouvait également dans cette catégorie. À la lumière du statut constitutionnel du président de la Cour suprême, le Gouvernement considère qu'il est tout à fait arbitraire de conclure que la cessation de son mandat n'était pas liée à l'exercice de la puissance publique au moins dans la même mesure que la révocation de procureurs.

**96.** À l'audience, le Gouvernement a ajouté que la deuxième condition du critère *Eskelinen* était essentiellement une reformulation du critère énoncé dans l'arrêt *Pellegrin c. France* ([GC], no 28541/95, § 66, CEDH 1999-VIII), selon lequel sont soustraits du champ d'application de l'article 6 § 1

de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État. Il a argué également que l'article 6 ne protégeait pas un droit individuel des juges à l'indépendance.

**97.** En conclusion, le Gouvernement estime que l'article 6 n'est pas applicable en l'espèce et qu'il n'y a donc pas eu violation à l'égard du requérant du droit d'accéder à un tribunal qui décide des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

### **C. Thèses des tiers intervenants**

**98.** La Commission internationale de juristes observe que la Convention reconnaît tant explicitement qu'implicitement le rôle spécial et fondamental dévolu à l'ordre judiciaire en tant que branche indépendante du pouvoir étatique, conformément aux principes de la séparation des pouvoirs et de l'état de droit. Il faudrait donc accorder un poids important au caractère spécial de ce rôle lorsqu'il s'agit d'apprécier les éventuelles restrictions aux droits protégés par la Convention que pourraient imposer dans le chef des juges les autres branches du pouvoir. Pour préserver le rôle spécial de l'ordre judiciaire, il faudrait interpréter la Convention d'une manière limitant la possibilité pour le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif de justifier par des motifs d'intérêt légitime l'imposition de restrictions aux droits des juges protégés par l'article 6 dans le cadre de litiges du travail. Bien qu'il soit dans sa quintessence de nature publique, le pouvoir exercé par les juges serait à la fois structurellement et intrinsèquement distinct de celui des fonctionnaires travaillant dans l'administration ou de celui du législateur. La Commission internationale de juristes estime qu'au titre de la seconde condition du critère *Eskelinen* il est rare, voire impossible, que l'on puisse justifier objectivement par l'intérêt public l'adoption par le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif de mesures soustrayant à l'application de l'article 6 § 1 les litiges du travail concernant des juges, en particulier lorsque sont en jeu l'indépendance des magistrats et, partant, la séparation des pouvoirs et l'état de droit. Tel serait le cas des affaires concernant l'inamovibilité des juges et leur révocation.

**99.** La Commission internationale de juristes renvoie aux normes internationales relatives à l'inamovibilité des juges, notamment à celles concernant les garanties procédurales en cas de révocation (voir ci-dessus les paragraphes 72 à 79, 81 et 84 du titre « Textes internationaux et textes du Conseil de l'Europe relatifs à l'indépendance judiciaire et au principe d'inamovibilité des juges »). Elle considère qu'à la lumière de ces principes, il devrait y avoir dans les affaires concernant l'emploi des juges et leur inamovibilité une présomption particulièrement forte en faveur de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention. L'accès effectif à la justice



et l'équité des procédures lorsqu'il s'agit de résoudre des litiges relatifs au maintien en fonction, à la révocation ou aux conditions de service des juges seraient des garanties importantes de l'indépendance des magistrats. Pour apprécier les justifications que pourrait avancer l'État à l'appui de l'impossibilité faite à des juges d'accéder à un tribunal dans le cadre de litiges concernant leur carrière et leur inamovibilité, il faudrait tenir compte de l'intérêt public fort qu'il y a à préserver le rôle, l'indépendance et l'intégrité des membres de l'ordre judiciaire dans un État de droit démocratique. Le juge serait peut-être en pareil cas le bénéficiaire immédiat à titre individuel de la protection complète des droits garantis par l'article 6 mais, *in fine*, ce serait à toutes les personnes qui ont droit en vertu de l'article 6 § 1 à ce que leur cause soit examinée par un « tribunal indépendant et impartial » que profiterait cette protection.

## D. Appréciation de la Cour

### 1. Les principes établis dans la jurisprudence de la Cour

**100.** La Cour rappelle que, pour que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer sous son volet « civil », il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne, que ce droit soit ou non protégé par la Convention. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse, qui peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. Enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (voir, parmi beaucoup d'autres, *Boulois c. Luxembourg* [GC], no 37575/04, § 90, CEDH 2012, et *Bochan c. Ukraine* (no 2) [GC], no 22251/08, § 42, CEDH 2015).

**101.** L'article 6 § 1 n'assure aux « droits et obligations » (de caractère civil) aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des États contractants : la Cour ne saurait créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucune base légale dans l'État concerné (voir, par exemple, *Roche c. Royaume-Uni* [GC], no 32555/96, § 119, CEDH 2005-X, et *Boulois*, précité, § 91).

**102.** En ce qui concerne le « caractère civil » du droit, la Cour avait dit, avant d'adopter son arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, que les litiges du travail entre les autorités et des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État n'étaient pas des litiges « civils » et qu'ils ne relevaient donc pas du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention (*Pellegrin*, précité, § 66). À la suite de l'adoption dans l'arrêt *Pellegrin* du critère fonctionnel, les litiges du travail concernant des emplois dans la magistrature ont été soustraits du champ

d'application de l'article 6 § 1 car elle a considéré que, s'ils ne faisaient pas partie de l'administration au sens strict, les magistrats n'en faisaient pas moins partie de la fonction publique au sens large (*Pitkevich c. Russie* (déc.), no 47936/99, 8 février 2001, et, en ce qui concerne le président d'une juridiction suprême, *Harabin* (décision précitée).

**103.** Lorsqu'elle a précisé la portée de la notion de « caractère civil » dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, la Cour a élaboré de nouveaux critères quant à l'applicabilité de l'article 6 § 1 à des litiges du travail concernant des fonctionnaires. Selon ces critères, pour que l'État défendeur puisse invoquer devant la Cour le statut de fonctionnaire à propos d'un requérant afin de soustraire celui-ci à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être réunies. En premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Pour cela, il ne suffit pas que l'État démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Pellegrin*, un « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'État employeur. Il faut aussi que l'État montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'État en question. En pratique, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'État défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national le requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis par l'article 6 à l'égard de ce fonctionnaire est fondée (*Vilho Eskelinen et autres*, précité, § 62).

**104.** Si, dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, la Cour a dit que son raisonnement se limitait à la situation des fonctionnaires (paragraphe 61 de l'arrêt), la Grande Chambre note que les critères établis dans cet arrêt ont été appliqués par différentes chambres de la Cour à des litiges concernant des juges (*G. c. Finlande*, no 33173/05, 27 janvier 2009, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, no 21722/11, CEDH 2013, *Di Giovanni c. Italie*, no 51160/06, 9 juillet 2013, et *Tsanova-Gecheva c. Bulgarie*, no 43800/12, 15 septembre 2015), y compris des présidents de juridictions suprêmes (*Olujić c. Croatie*, no 22330/05, 5 février 2009, et *Harabin c. Slovaquie*, no 58688/11, 20 novembre 2012). La Grande Chambre ne voit pas de raison de s'écarter de cette approche. Elle considère que, s'ils ne font pas partie de l'administration au sens strict, les magistrats n'en font pas moins partie de la fonction publique au sens large (*Pitkevich*, décision précitée).

**105.** La Cour note aussi que les critères énoncés dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres* ont été appliqués à tous les types de litiges concernant des fonctionnaires et des juges, y compris des litiges relatifs au recrutement ou à la nomination (*Juričić c. Croatie*, no 58222/09, 26 juillet 2011), à la carrière ou à la promotion (*Dzhidzheva-Trendafilova* (déc.), no 12628/09, 9 octobre 2012), à la mutation (*Ohneberg c. Autriche*, no 10781/08, § 25, 18 septembre 2012) et à la cessation de service (affaires *Olujic* (arrêt précité) et *Nazsiz* (décision précitée), concernant respectivement la révocation disciplinaire du président de la Cour suprême et la révocation disciplinaire d'un procureur). Dans l'arrêt *G. c. Finlande* (précité, §§ 31-34), où le gouvernement défendeur soutenait que le droit pour un juge de demeurer en fonction était particulier et ne pouvait être assimilé à un « conflit ordinaire du travail » au sens de l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, la Cour a implicitement rejeté cet argument pour appliquer les principes posés dans cet arrêt. De manière plus explicite, elle a dit dans l'arrêt *Bayer c. Allemagne* (no 8453/04, § 38, 16 juillet 2009), qui concernait la révocation à l'issue d'une procédure disciplinaire d'un huissier employé par l'État, que les litiges portant sur « un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type » n'étaient que des exemples parmi d'autres de « conflits ordinaires du travail », auxquels l'article 6 devait en principe s'appliquer en vertu du critère *Eskelinen*. Dans l'arrêt *Olujic* (précité, § 34), elle a dit que la présomption d'applicabilité de l'article 6 découlant de l'arrêt *Eskelinen* s'appliquait aussi aux cas de révocation.

**106.** La Cour tient encore à souligner que, contrairement à ce que suggère le Gouvernement, le critère *Eskelinen* relatif à l'applicabilité de l'article 6 § 1 est tout aussi pertinent pour les affaires portant sur le droit d'accès à un tribunal (voir, par exemple, *Nedeltcho Popov c. Bulgarie*, no 61360/00, 22 novembre 2007, et *Süket c. Turquie* (déc.), no 59773/00, 11 septembre 2007) qu'il l'est pour celles concernant les autres garanties consacrées par cette disposition (comme il l'était par exemple dans l'affaire *Vilho Eskelinen et autres*, qui traitait du droit à une audience et du droit à une décision dans un délai raisonnable). Appelée à statuer sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la lumière de ce critère, la Grande Chambre ne voit pas de raison d'établir une distinction entre les différentes garanties contenues dans cette disposition.

## 2. Application des principes précités en l'espèce

### a) Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention

#### i. Sur l'existence d'un droit

**107.** La Cour note que le 22 juin 2009 le requérant a été élu président de la Cour suprême pour un mandat de six ans par le Parlement (décision no 55/2009) conformément à l'article 48 § 1 de la Constitution de 1949. Les règles régissant le mandat de président de la Cour suprême figuraient non

dans la Constitution de 1949 mais, jusqu'à la fin dudit mandat (31 décembre 2011), dans la loi LXVI de 1997 sur l'organisation et l'administration des tribunaux (paragraphe 40-43 ci-dessus). En vertu de l'article 62 de cette loi, les présidents des juridictions figuraient au nombre des « chefs de juridiction », c'est-à-dire des juges chargés de la gestion et de l'administration des tribunaux. Élu président de la Cour suprême conformément à l'article 48 § 1 de la Constitution de 1949, le requérant était un « chef de juridiction ». D'après l'article 69 de la loi LXVI, les chefs de juridiction étaient nommés pour six ans. La conséquence incontestée de cette disposition est que le mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême aurait dû en principe être de six ans (du 22 juin 2009 au 22 juin 2015). L'article 73 de la loi prévoyait une liste exhaustive de motifs de cessation du mandat des chefs de juridiction (commun accord, démission, destitution, expiration du mandat et cessation des fonctions judiciaires du titulaire du mandat). Comme l'indique cette disposition, à moins qu'un mandat ne prît fin parce qu'il avait expiré ou parce que la personne cessait d'exercer ses fonctions judiciaires (alinéas d) et e)), il ne pouvait y être mis un terme que dans les cas suivants : commun accord, démission ou destitution (alinéas a) à c)). De plus, l'article 74/A § 1 prévoyait que le seul motif possible de destitution était l'incompétence avérée pour l'exercice de fonctions managériales, auquel cas l'intéressé pouvait solliciter le contrôle juridictionnel de la mesure de destitution devant le tribunal de la fonction publique (paragraphe 43 ci-dessus). Il ressort donc de ces dispositions qu'il existait un droit pour le titulaire du mandat d'accomplir celui-ci jusqu'à son terme ou jusqu'au terme de son mandat de juge. L'existence de ce droit est en outre démontrée par le fait que, s'il venait à être mis fin au mandat de manière anticipée contre le gré de son titulaire, c'est-à-dire par destitution, l'intéressé pouvait solliciter un contrôle juridictionnel de la décision correspondante (voir, *mutatis mutandis*, *Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, § 24, série A no 279-B).

**108.** De plus, les principes constitutionnels relatifs à l'indépendance de la magistrature et à l'inamovibilité des juges confirmaient que le droit pour le requérant d'accomplir l'intégralité de son mandat à la présidence de la Cour suprême était protégé. L'article 48 § 3 de la Constitution de 1949 établissait que les juges ne pouvaient être révoqués que pour des motifs et selon des procédures prévus par la loi. L'article 50 § 3 de la Constitution garantissait quant à lui l'indépendance des juges (paragraphe 38 ci-dessus).

**109.** En conséquence, à la lumière du cadre législatif interne en vigueur au moment de l'élection du requérant et pendant son mandat, la Cour considère que l'intéressé pouvait prétendre de manière défendable que le droit hongrois le protégeait d'une cessation de son mandat de président de la Cour suprême pendant cette période. À cet égard, elle attache un certain poids au fait que la Cour constitutionnelle n'a pas rejeté pour défaut de base légale le recours constitutionnel formé par l'ancien vice-président de la Cour suprême contre la cessation prématurée de son

mandat (paragraphe 55 ci-dessus). Avant de le débouter, la haute juridiction a examiné le bien-fondé de son grief, de sorte qu'elle a statué sur le litige concernant le droit de l'ancien vice-président – équivalent à celui du requérant – d'accomplir l'intégralité de son mandat.

**110.** Enfin, la Cour considère que le fait qu'il a été mis fin au mandat du requérant *ex lege*, par l'effet de la nouvelle loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (article 185 de la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux et article 11 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale) en vertu de la nouvelle Loi fondamentale, ne peut anéantir, rétroactivement, le caractère défendable du droit que lui garantissaient les règles qui étaient applicables au moment de son élection. Comme indiqué ci-dessus, ces règles prévoyaient clairement un mandat présidentiel de six ans ainsi que les motifs précis pour lesquels il pouvait prendre fin. Étant donné que c'est cette nouvelle législation qui a annulé les anciennes règles, elle constitue l'objet même du « litige » auquel il s'agit de savoir si les garanties d'équité de la procédure découlant de l'article 6 § 1 doivent s'appliquer. Dans les circonstances de la présente affaire, on ne peut donc pas trancher sur la base de la nouvelle législation la question de savoir s'il existait un droit en droit interne.

**111.** À la lumière de ce qui précède, la Cour considère qu'en l'espèce, il y avait une contestation réelle et sérieuse sur un « droit » que le requérant pouvait prétendre, de manière défendable, reconnu en droit interne (voir, *mutatis mutandis*, *Vilho Eskelinen et autres*, précité, § 41, et *Savino et autres c. Italie*, nos 17214/05, 20329/05 et 42113/04, §§ 68-69, 28 avril 2009).

*ii. Sur le « caractère civil » du droit en cause : application du critère Eskelinen*

**112.** La Cour doit à présent déterminer, en fonction du critère énoncé dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, si le « droit » revendiqué par le requérant était de « caractère civil » au sens autonome que prend cette notion à l'article 6 § 1.

**113.** La première condition de ce critère est que le droit national « exclue expressément » l'accès à un tribunal pour le poste ou la catégorie de salariés en question. À cet égard, la Cour note que, dans les rares affaires où elle a jugé que cette condition était remplie, l'exclusion de l'accès à un tribunal pour le poste en question était claire et « expresse ». Par exemple, dans l'affaire *Süküt* (décision précitée), qui avait trait à la retraite anticipée d'un militaire pour motifs disciplinaires, la Constitution turque prévoyait clairement que les décisions du Conseil supérieur militaire échappaient à tout contrôle juridictionnel. Il en allait de même des décisions du Conseil supérieur des juges et procureurs dans les affaires *Serdal Apay et Nazisiz* (décisions précitées), qui concernaient

respectivement la nomination et la révocation disciplinaire de procureurs (voir aussi *Özpinar c. Turquie*, no 20999/04, § 30, 19 octobre 2010, qui portait sur la révocation d'un juge pour motifs disciplinaires). Dans l'affaire *Nedeltcho Popov* (arrêt précité), une disposition du code du travail bulgare prévoyait clairement que les juridictions internes n'étaient pas compétentes pour connaître des litiges relatifs à la révocation de titulaires de certains postes au Conseil des ministres, dont celui occupé par le requérant (conseiller principal). Bien que cette restriction ait ultérieurement été déclarée inconstitutionnelle (sans effet rétroactif), la Cour a noté qu'« au moment de la révocation du requérant » celui-ci n'avait pas, en vertu du cadre juridique interne, le droit d'accéder à un tribunal pour intenter une action pour révocation abusive (*Nedeltcho Popov*, précité, § 38).

**114.** La Cour considère que la présente affaire est à distinguer des affaires susmentionnées en ce que le requérant, titulaire du mandat en question avant que le litige ne naisse, n'était pas « expressément » exclu du droit d'accès à un tribunal. Au contraire, le droit interne prévoyait expressément le droit à un tribunal dans les circonstances limitées où la destitution d'un chef de juridiction était possible : le chef de juridiction démis avait en effet le droit de contester sa destitution devant le tribunal de la fonction publique (paragraphe 43 ci-dessus). Dans ce cadre, le droit interne permettait à l'intéressé de bénéficier d'une protection judiciaire, conformément aux normes internationales et aux normes du Conseil de l'Europe relatives à l'indépendance de la magistrature et aux garanties procédurales applicables en cas de révocation de juges (voir, en particulier, le point 20 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature au paragraphe 72 ci-dessus, l'Observation générale no 32 du Comité des droits de l'homme des Nations unies au paragraphe 73 ci-dessus, la jurisprudence pertinente du Comité des droits de l'homme des Nations unies aux paragraphes 74 à 76 ci-dessus, les paragraphes 1.3, 5.1 et 7.2 de la Charte européenne sur le statut des juges au paragraphe 77 ci-dessus, les paragraphes 59-60 de l'Avis no 1 (2001) du Conseil consultatif de juges européens sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges au paragraphe 79 ci-dessus, le paragraphe 6 de la Magna Carta des juges du CCJE au paragraphe 81 ci-dessus et la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme au paragraphe 84 ci-dessus).

**115.** Néanmoins, le requérant a été empêché d'accéder à un tribunal par le fait que la mesure litigieuse, à savoir la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême, a été incluse dans les dispositions transitoires de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Il s'est ainsi vu priver de la possibilité de contester cette mesure devant le tribunal de la fonction publique, alors qu'il aurait pu le faire s'il avait été démis de son mandat en vertu du cadre légal existant (paragraphe 43 ci-dessus). De plus, et à la différence du vice-président de la Cour suprême, au mandat duquel il

avait aussi été mis fin par un texte législatif, à savoir les dispositions transitoires de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux, le requérant a été démis de son mandat par l'effet des dispositions transitoires de la Loi fondamentale, entrées elles aussi en vigueur le 1er janvier 2012 (paragraphe 49 ci-dessus). Dans ces conditions particulières, le requérant, contrairement à l'ancien vice-président de la Cour suprême (paragraphe 55 ci-dessus), n'a pas introduit de recours constitutionnel contre la disposition légale mettant fin à son mandat.

**116.** À la lumière de ces considérations, la Cour est d'avis que dans les circonstances particulières de l'espèce, elle doit déterminer si l'accès à un tribunal était exclu en droit interne non pas au moment où la mesure litigieuse concernant le requérant a été adoptée mais avant cela. Procéder autrement reviendrait à admettre que la mesure litigieuse elle-même, constitutive de l'ingérence alléguée dans le « droit » du requérant, pourrait en même temps former la base légale de l'impossibilité faite à l'intéressé d'accéder à un tribunal. Pareille approche ouvrirait la voie à des abus, car elle permettrait aux États contractants d'interdire l'accès à un tribunal relativement aux mesures individuelles prises à l'égard de leurs fonctionnaires, en incluant simplement ces mesures dans une disposition de loi ad hoc non soumise au contrôle juridictionnel.

**117.** À cet égard, la Cour tient à souligner que, pour que la législation nationale excluant l'accès à un tribunal ait un quelconque effet au titre de l'article 6 § 1 dans un cas donné, elle doit être compatible avec la prééminence du droit. Cette notion, qui est expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et qui est inhérente à tous les articles de ce texte, commande notamment que toute ingérence dans l'exercice d'un droit soit en principe basée sur un instrument d'application générale (voir, *mutatis mutandis*, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], no 71243/01, § 99, 25 octobre 2012, et, en ce qui concerne les ingérences de nature législative et la prééminence du droit, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, §§ 47-50, série A no 301-B). La Commission de Venise a dit aussi relativement au cas du requérant que les lois visant uniquement un individu donné étaient contraires à l'état de droit (paragraphe 59 ci-dessus).

**118.** À la lumière de ce qui précède, on ne peut pas conclure que le droit national « excluait expressément l'accès à un tribunal » pour contester la régularité d'une cessation prématurée du mandat du président de la Cour suprême. La première condition du critère *Eskelinen* n'est donc pas remplie, de sorte que l'article 6 trouve à s'appliquer sous son volet civil. Les deux conditions du critère devant être remplies pour que l'application de l'article 6 soit exclue, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de déterminer si la seconde condition est satisfaite (voir, par exemple, *Karaduman et Tandoğan c. Turquie*, nos [41296/04](#) et [41298/04](#), § 9, 3 juin 2008).

**119.** Il s'ensuit que l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement quant à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention doit être rejetée.

## **b) Sur le respect de l'article 6 § 1 de la Convention**

**120.** La Cour rappelle que le droit d'accès à un tribunal – c'est-à-dire le droit de saisir un tribunal en matière civile – constitue un élément inhérent au droit énoncé à l'article 6 § 1 de la Convention, qui pose les garanties applicables en ce qui concerne tant l'organisation et la composition du tribunal que la conduite de la procédure. Le tout forme le droit à un procès équitable protégé par l'article 6 § 1 (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A no 18). Toutefois, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu. Il peut être soumis à des limitations pour autant que celles-ci ne restreignent ni ne réduisent l'accès de l'individu au juge d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, ces limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Markovic et autres c. Italie* [GC], no 1398/03, § 99, CEDH 2006-XIV, et *Stanev c. Bulgarie* [GC], no 36760/06, § 230, CEDH 2012).

**121.** En l'espèce, la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême conféré au requérant n'a pas été examinée par un tribunal ordinaire ou par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, et elle ne pouvait pas l'être. Cette absence de contrôle juridictionnel résulte d'un texte de loi dont la compatibilité avec les exigences de l'état de droit est douteuse (paragraphe 117 ci-dessus). Même si ses conclusions précédentes quant à l'applicabilité de l'article 6 ne préjugent pas de l'issue de son examen de la question du respect de cette disposition (*Vilho Eskelinen et autres*, précité, § 64, et *Tsanova-Gecheva*, précité, § 87), la Cour ne peut manquer de constater l'importance croissante que les instruments internationaux et ceux du Conseil de l'Europe ainsi que la jurisprudence des juridictions internationales et la pratique d'autres organes internationaux accordent au respect de l'équité procédurale dans les affaires concernant la révocation ou la destitution de juges, et notamment à l'intervention d'une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif pour toute décision touchant à la cessation du mandat d'un juge (paragraphe 72-77, 79, 81 et 84 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour considère que l'État défendeur a porté atteinte à la substance même du droit pour le requérant d'accéder à un tribunal.

**122.** Partant, il y a eu violation à l'égard du requérant du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.

## **II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION**

**123.** Le requérant allègue qu'il a été mis fin à son mandat de président de la Cour suprême en raison des opinions que, en sa qualité de président de



cette juridiction et du Conseil national de la justice, il avait exprimées publiquement au sujet des réformes législatives concernant les tribunaux. Il s'estime victime d'une violation de l'article 10 de la Convention, lequel, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

## A. L'arrêt de la chambre

**124.** Dans son arrêt, la chambre a considéré que les faits de la cause et l'enchaînement des événements démontraient que la cessation anticipée du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême n'était pas, comme le soutenait le Gouvernement, le résultat d'une restructuration de l'autorité judiciaire suprême, mais la conséquence des opinions et des critiques qu'il avait exprimées publiquement à titre professionnel. Elle a relevé que les propositions visant à mettre fin à son mandat et le nouveau critère d'éligibilité à la présidence de la *Kúria* avaient tous été soumis au Parlement après que le requérant eut exprimé publiquement ses opinions sur un certain nombre de réformes législatives, et qu'ils avaient été adoptés dans un laps de temps extrêmement court (paragraphe 94 de l'arrêt de la chambre). Elle a estimé que le fait que les fonctions de président du Conseil national de la justice avaient été séparées de celles de président de la nouvelle *Kúria* n'était pas en lui-même suffisant pour conclure que les fonctions auxquelles le requérant avait été élu cessaient d'exister à compter de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. Elle a donc conclu que la cessation anticipée du mandat du requérant constituait une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit à la liberté d'expression (paragraphe 97 de l'arrêt).

**125.** La chambre a considéré que l'ingérence dénoncée n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » (paragraphe 98 de l'arrêt). L'opinion litigieuse du requérant concernait quatre mesures législatives de réforme des tribunaux. La chambre a jugé que les questions concernant le fonctionnement du système judiciaire relevaient d'un débat sur un sujet d'intérêt général, protégé par l'article 10 de la Convention. Elle a estimé que le requérant avait non seulement le droit mais également le devoir, en sa qualité de président du Conseil national de la justice, d'exprimer son opinion sur les réformes législatives concernant les tribunaux. Sur la proportionnalité de l'ingérence, elle a noté qu'il avait été mis fin au

mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême trois ans et demi avant le terme fixé par la législation en vigueur au moment de l'élection de l'intéressé. Elle a rappelé que la crainte d'une sanction avait un « effet dissuasif » sur l'exercice de la liberté d'expression et risquait en particulier d'amener les magistrats à renoncer à formuler des critiques sur des institutions ou politiques publiques (paragraphe 101 de l'arrêt). Elle a estimé en outre que la mesure litigieuse n'avait pas fait l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif par les tribunaux nationaux. Elle a donc conclu que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression n'était pas nécessaire dans une société démocratique (§ 103 de l'arrêt).

## **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

### *1. Le requérant*

**126.** Le requérant prie la Grande Chambre de confirmer les conclusions énoncées dans l'arrêt de la chambre sur le terrain de l'article 10. La perception unanime tant au niveau national qu'au niveau international serait qu'il existe un lien de causalité entre l'expression de son opinion sur les réformes en question et les mesures législatives qui ont entraîné sa désinvestiture. L'enchaînement des événements et les très nombreux éléments de preuve qu'il aurait versés au dossier étaieraient tous la thèse du lien de causalité. Les interviews données par deux membres de la majorité parlementaire et les assurances fournies par le Gouvernement à la Commission de Venise seraient toutes antérieures à l'intervention faite par lui devant le Parlement le 3 novembre 2011, tandis que les propositions de mettre fin à son mandat et de supprimer ses avantages post-mandat seraient postérieures à cette date. Le lien allégué entre les modifications touchant la Cour suprême et la cessation du mandat de son président aurait été créé *a posteriori* par le Gouvernement en guise de prétexte. Le requérant note à cet égard qu'aucune des propositions visant à mettre fin à son mandat ne s'accompagnait d'un mémorandum explicatif justifiant cette mesure par l'apport de modifications fondamentales aux fonctions et tâches de l'autorité judiciaire suprême. Il n'aurait été fait référence dans ces propositions qu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi fondamentale, ce que, de l'avis du requérant, on ne peut guère considérer comme un motif suffisant et acceptable dans les circonstances de la cause. En toute hypothèse, tant les fonctions de la nouvelle *Kúria* que le rôle de son président seraient restés pour l'essentiel inchangés. Quant à la suppression des tâches managériales attachées à la charge de président du Conseil national de la justice – qui serait accessoire à celle de président de la Cour suprême –, elle n'affecterait en aucune manière la validité de son élection à la présidence de l'organe judiciaire suprême.

**127.** Les nouvelles tâches de la *Kúria* (telles que le contrôle de la légalité des actes adoptés par les autorités locales) n'auraient pas modifié de manière significative la nature de cette institution ni le rôle de son

président. Pareille évolution ne pourrait justifier en elle-même qu'il soit mis fin au mandat à durée déterminée du président d'une juridiction. Le requérant ajoute que, même si la fonction de la Cour suprême avait changé, il aurait fallu mettre en place des mesures transitoires lui offrant la possibilité d'accomplir l'intégralité de son mandat (il renvoie, sur ce point, à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 avril 2014 relatif à la cessation anticipée du mandat du commissaire à la protection des données hongrois (paragraphe 70 ci-dessus), considérant que le même raisonnement devrait s'appliquer *a fortiori* au président de la Cour suprême). Il argue que, dans une société démocratique régie par l'état de droit, il ne peut être permis ni au législateur ni à l'exécutif de réexaminer l'aptitude d'un magistrat élu à exercer ses fonctions avant l'expiration de son mandat (sans préjudice des motifs légaux de destitution ou de révocation). De plus, l'introduction du nouveau critère d'éligibilité à la présidence de la Cour suprême (avoir passé cinq ans dans la magistrature hongroise) aurait eu pour seul but de justifier sa désinvestiture, et ce rétroactivement. À l'appui de sa thèse, le requérant cite plusieurs déclarations parues dans la presse hongroise et dans la presse internationale ainsi que des rapports d'institutions internationales (notamment de la Commission de Venise).

**128.** Le requérant prie la Grande Chambre de confirmer l'approche de la chambre et d'apprécier les faits et l'enchaînement des événements « dans leur intégralité ». Il renvoie à la jurisprudence de la Cour en matière d'appréciation des preuves, jurisprudence en vertu de laquelle une preuve peut résulter d'un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants. Il estime qu'au vu des commencements de preuve qu'il a fournis et du fait que les raisons de sa désinvestiture ne sont connues que du Gouvernement, la charge de la preuve devrait peser sur celui-ci. Il est convaincu qu'il a non seulement démontré que l'explication fournie *a posteriori* par le Gouvernement n'était ni satisfaisante ni convaincante, mais qu'il a aussi prouvé au-delà de tout doute raisonnable, au moyen d'un faisceau d'indices nombreux et suffisamment graves, précis et concordants, l'existence d'une grave ingérence dans l'exercice par lui de sa liberté d'expression.

**129.** Le requérant ajoute que cette ingérence n'était pas « prévue par la loi », les dispositions législatives litigieuses étant selon lui arbitraires, abusives, rétroactives et incompatibles avec le principe de l'état de droit. Il estime par ailleurs difficile de concevoir qu'il puisse y avoir un quelconque « but légitime » justifiant d'imposer une restriction punitive au bon accomplissement des obligations juridiques qui incombent à un agent de l'État tel que lui alors que, comme il le rappelle, il avait pour devoir en tant que président de l'organe judiciaire suprême de donner son avis sur les réformes législatives en question.

**130.** Enfin, le requérant considère que l'ingérence litigieuse n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ». En donnant son avis, il aurait

eu pour but de protéger les fondements même de l'état de droit, à savoir l'indépendance et le bon fonctionnement de la justice, qui seraient des questions d'intérêt général. Des mesures de l'État allant à l'encontre d'une telle activité ne pourraient jamais être considérées comme nécessaires dans une société démocratique. Pour toute réponse à ses critiques, il aurait été non seulement démis de ses fonctions mais aussi privé rétroactivement de toutes les indemnités et prestations dues à un ancien président de la Cour suprême, et ce en l'absence de tout contrôle juridictionnel. À ses yeux, l'ingérence litigieuse a non seulement porté atteinte à sa liberté d'expression mais, de manière plus large et du fait de la violation de l'inamovibilité des magistrats et de l'effet dissuasif de ces événements à l'égard des autres juges, elle a aussi compromis l'indépendance de la justice.

## 2. Le Gouvernement

**131.** Le Gouvernement considère que cette partie de la requête est manifestement mal fondée. Il soutient qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans la liberté d'expression du requérant puisque la cessation de son mandat de président de la Cour suprême n'a selon lui aucun lien avec les avis qu'il a donnés. Le fait qu'il a exprimé publiquement ses opinions avant qu'il ne soit mis fin à son mandat ne serait pas un élément suffisant pour prouver l'existence d'un lien de causalité entre l'un et l'autre événements. La cessation de ce mandat serait due aux modifications fondamentales apportées aux fonctions de l'autorité judiciaire suprême de Hongrie. La fonction à laquelle le requérant avait été élu (qui serait un mélange de fonctions administratives et de fonctions judiciaires) aurait cessé d'exister à l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi fondamentale. Les activités du requérant auraient surtout consisté à exercer les fonctions de président du Conseil national de la justice, qui auraient été séparées de celles de président de la *Kúria*. De plus, les fonctions et les compétences de la *Kúria* elle-même auraient aussi changé : elles auraient été élargies par l'adjonction d'un nouveau pouvoir de contrôle de la légalité des actes adoptés par les autorités locales et d'une nouvelle mission de garantie de la cohérence de la jurisprudence. Invoquant l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2013 relatif à la cessation du mandat de l'ancien vice-président de la Cour suprême (paragraphe 55 ci-dessus), le Gouvernement argue que les modifications majeures apportées aux fonctions de président de la juridiction suprême lorsque la Cour suprême est devenue la *Kúria* justifiaient le réexamen de l'aptitude du requérant à occuper le poste de chef administratif de l'organe en question, eu égard à son champ de compétences professionnelles et à sa carrière passée.

**132.** Le Gouvernement ajoute que le nouveau critère d'éligibilité à la fonction de président de la *Kúria* (avoir été magistrat pendant cinq ans en Hongrie) a été adopté pour garantir l'influence de l'ordre judiciaire dans la sélection des candidats à ce poste, dans le but de dépolitiser le processus de sélection et de renforcer l'indépendance de la magistrature. À

l'audience, il a plaidé que le fait d'avoir été juge dans une juridiction internationale n'était pas comparable du point de vue de l'indépendance de la justice avec le fait d'avoir été juge dans la magistrature nationale.

**133.** En ce qui concerne l'enchaînement des événements (paragraphe 96 de l'arrêt de la chambre), le Gouvernement souligne que les interviews mentionnées ont été données après que le requérant eut publiquement exprimé son avis sur les réformes législatives concernées, mais avant la soumission au Parlement de la version définitive du projet de loi portant modifications de l'organisation du système judiciaire, alors que les nouvelles fonctions de la *Kúria* auraient été énoncées en détail dans cette dernière version.

**134.** Pour ce qui est de l'absence de contrôle juridictionnel, le Gouvernement argue qu'il serait contraire au libellé de l'article 6 § 1 ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour relative aux litiges concernant des agents publics d'interpréter l'article 10 comme imposant l'existence d'un recours judiciaire pour toutes les affaires portées sur le terrain de cet article. Il est d'avis que, en vertu du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge d'appréciation, il appartient au législateur national de décider des critères d'éligibilité qu'il estime appropriés pour le poste le plus élevé de la hiérarchie judiciaire en Hongrie, et qu'aucune disposition de la Convention ne peut être interprétée comme commandant que pareille décision soit soumise à un contrôle juridictionnel.

135. Pour le cas où la Cour conclurait qu'il y a eu ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression, le Gouvernement argue que la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire au sens de l'article 10 § 2. Il estime que, eu égard aux circonstances dans lesquelles le requérant a été élu et au fait que ses fonctions étaient de nature plus administrative et managériale que judiciaire, la cessation de son mandat doit s'apprécier à la lumière des règles régissant la désinvestiture des personnes nommées dans le cadre d'un processus politique et non de celles régissant la révocation des juges. Il ajoute que lorsqu'il s'agit de sélectionner le candidat le plus apte pour le poste de dirigeant d'une organisation dont les fonctions ont été redéfinies, il est légitime que l'employeur, quel qu'il soit, tienne compte de l'avis du candidat sur l'organisation réformée. De plus, la mesure litigieuse serait proportionnée au but visé et ne pourrait avoir eu d'effet dissuasif, le requérant ayant été autorisé à demeurer juge dans la nouvelle *Kúria*.

### **C. Thèses des tiers intervenants**

**136.** Le Comité Helsinki hongrois, l'Union hongroise pour les libertés civiles et l'Institut Eötvös Károly ont estimé dans leurs observations devant la chambre que la présente affaire était un cas d'école de la manière dont les violations des droits fondamentaux individuels étaient

imbriquées avec les processus menaçant l'état de droit. Selon eux, cette affaire s'inscrit dans un contexte général d'affaiblissement du système d'équilibre des pouvoirs que l'on observe depuis quelques années en Hongrie. Les tiers intervenants rappellent qu'ont déjà été prises d'autres mesures législatives visant à démettre de leur mandat avant que celui-ci n'arrive à son terme certaines personnes occupant des fonctions publiques, notamment le vice-président de la Cour suprême, dont le recours constitutionnel aurait été examiné par la Cour constitutionnelle. Ils citent aussi d'autres exemples de lois visant des individus, de lois rétroactives et d'autres mesures législatives menaçant selon eux l'indépendance de la justice. Ils estiment que la présente affaire devrait être replacée dans le contexte général des différents événements qui se produisent en Hongrie et examinée à la lumière de l'importance de l'état de droit et de l'indépendance de la justice. L'utilisation à grande échelle de lois visant des individus risque selon eux de soustraire à l'examen des juges toute une palette de questions importantes. La Cour devrait donc regarder « au-delà des apparences » et examiner le véritable but de ce type de lois et l'effet qu'elles peuvent avoir sur les droits individuels protégés par la Convention.

**137.** La Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, basée en Pologne, affirme devant la Grande Chambre que les présidents de juridictions sont eux aussi couverts par les garanties de l'indépendance judiciaire et de l'inamovibilité. Elle estime que, dans le cas contraire, cela donnerait aux autorités politiques le pouvoir d'exercer des pressions sur la magistrature au moyen de la révocation arbitraire des présidents de juridictions, ce qui serait, dit-elle, inacceptable dans un État démocratique. À son avis, tout cas de désinvestiture du président d'une juridiction suprême nationale, décidée dans des circonstances de nature à faire naître des craintes justifiées quant aux véritables raisons qui la motivent, devrait être examiné par la Cour avec la plus grande attention, et appellerait pour être jugée régulière une justification particulièrement convaincante. La Fondation Helsinki renvoie aux normes internationales et aux normes de droit comparé relatives à l'indépendance de la justice et à l'inamovibilité des juges, y compris les présidents de juridictions. Elle note par exemple que la Cour constitutionnelle de la République tchèque a, dans un arrêt du 11 juillet 2006, interprété le principe de l'inamovibilité des juges comme une protection contre la révocation arbitraire des titulaires d'une haute fonction judiciaire et dit qu'en vertu de la Constitution, les présidents et les vice-présidents de juridictions ne pouvaient être démis de leurs fonctions que « pour les motifs prévus par la loi et en vertu d'une décision de justice ». Elle ajoute que, dans un arrêt du 6 octobre 2010, cette juridiction a confirmé son interprétation en ces termes : « il n'est pas possible de dédoubler la situation juridique du président d'un tribunal en considérant qu'il est, d'une part, un responsable au sein de l'administration publique et, d'autre part, un juge. Il demeure une seule et même personne, exerçant conjointement ces deux fonctions ».

**138.** De l'avis de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, si les États ont le pouvoir de mener des réformes constitutionnelles de grande ampleur, ce pouvoir doit demeurer circonscrit par les exigences découlant des principes de l'état de droit. Afin d'éviter des violations du principe de l'indépendance de la justice, les réformes constitutionnelles de grande ampleur du système judiciaire devraient selon elle s'accompagner de dispositions transitoires adéquates protégeant les juges qui sont déjà en fonction. Enfin, la fondation estime que la possibilité pour l'exécutif ou le législateur de révoquer des juges risquerait non seulement de violer les droits subjectifs du juge concerné, mais encore de menacer l'effectivité des garanties contenues à l'article 6 de la Convention.

**139.** La Commission internationale de juristes est d'avis que la Convention doit s'interpréter comme interdisant les restrictions à la liberté d'expression applicables aux juges qui seraient de nature à entraver l'exercice de ce qui est à la fois le droit et le devoir du juge de s'exprimer pour protéger l'indépendance de la justice. À cet égard, elle renvoie aux normes internationales qui reconnaissent qu'il appartient à chaque juge « de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire » (paragraphe 81 ci-dessus). L'ampleur que peuvent avoir les restrictions au droit à la liberté d'expression des fonctionnaires, telle que définie dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne* (26 septembre 1995, série A no 323), devrait, lorsqu'elle s'applique aux juges, s'interpréter à la lumière du rôle spécifique du pouvoir judiciaire, branche indépendante du pouvoir étatique, conformément aux principes de la séparation des pouvoirs et de l'état de droit. Tant que les juges respectent la dignité de la fonction judiciaire et ne portent atteinte ni à l'essence ni à l'apparence d'indépendance et d'impartialité de la justice, l'État doit par conséquent, selon la Commission internationale de juristes, respecter et protéger leur droit et leur devoir d'exprimer leur opinion, particulièrement en ce qui concerne l'administration de la justice et le respect et la protection de l'indépendance judiciaire et de l'état de droit.

## **D. Appréciation de la Cour**

### *1. Sur l'existence d'une ingérence*

#### **a) Application de l'article 10 de la Convention à des mesures visant des membres de la magistrature**

**140.** La Cour a reconnu dans sa jurisprudence que l'article 10 était applicable aux fonctionnaires en général (*Vogt*, précité, § 53, et *Guja c. Moldova* [GC], no 14277/04, § 52, CEDH 2008), et aux membres de la magistrature en particulier (*Wille c. Liechtenstein* [GC], no 28396/95, §§ 41-42, CEDH 1999-VII, et *Harabin*, précité, § 149, qui concernait l'ancien président de la Cour suprême de la République slovaque). Cependant, dans les affaires relatives à une procédure disciplinaire, une révocation ou une nomination touchant un juge, la Cour a dû d'abord rechercher si la

mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de la liberté d'expression – telle qu'une « formalité, condition, restriction ou sanction » – ou si elle restreignait seulement l'exercice du droit à un poste public dans l'administration de la justice, droit qui n'est pas garanti par la Convention. Pour répondre à cette question, il a fallu déterminer quelle était la portée de la mesure en la replaçant dans le contexte des faits de la cause et de la législation pertinente. La jurisprudence de la Cour dans ce domaine est récapitulée dans les affaires *Wille* (arrêt précité, §§ 42-43), *Harabin* (décision précitée), *Kayasu c. Turquie* (nos 64119/00 et 76292/01, §§ 77-79, 13 novembre 2008), *Koudechkina c. Russie* (no 29492/05, § 79, 26 février 2009), *Poyraz c. Turquie* (no 15966/06, §§ 55-57, 7 décembre 2010) et *Harabin* (arrêt précité, § 149).

**141.** Dans l'affaire *Wille*, la Cour a conclu qu'une lettre adressée au requérant (président du Tribunal administratif du Liechtenstein) par le prince de Liechtenstein afin de lui faire part de sa résolution de ne plus le nommer à aucune fonction publique traduisait une « réprimande pour la façon dont l'intéressé avait précédemment usé de son droit à la liberté d'expression » (*Wille*, précité, § 50). Elle a observé que, dans cette lettre, le prince avait critiqué le contenu d'une conférence publique sur les fonctions de la Cour constitutionnelle donnée par le requérant, et fait connaître son intention de le sanctionner en raison de son opinion sur certaines questions de droit constitutionnel. Elle a donc conclu que l'article 10 trouvait à s'appliquer et qu'il y avait eu ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression. De même, dans l'arrêt *Koudechkina* (précité), la Cour a observé que la décision d'exclure la requérante du corps judiciaire était motivée par les déclarations qu'elle avait faites dans la presse. Les arguments présentés aux autorités internes ne portaient ni sur le point de savoir si la requérante répondait aux critères d'admissibilité à la fonction publique ni sur ses compétences professionnelles en matière judiciaire. La Cour a donc conclu que la mesure litigieuse portait essentiellement sur la liberté d'expression, et non sur le droit à un poste public dans l'administration de la justice, lequel n'est pas garanti par la Convention (*Koudechkina*, §§ 79-80 ; voir aussi, en ce qui concerne la révocation disciplinaire d'un procureur, *Kayasu*, précité, §§ 77-81).

**142.** Dans d'autres affaires, au contraire, la Cour a conclu que la mesure litigieuse ressortissait, en tant que telle, au domaine de l'exercice d'un poste public dans l'administration de la justice, et ne se rapportait pas à l'exercice de la liberté d'expression. Dans la décision *Harabin* (précitée), elle a considéré que la résolution du gouvernement défendeur de démettre le requérant de ses fonctions de président de la Cour suprême (sur la base d'un rapport établi par le ministre de la Justice) était essentiellement liée à l'aptitude de l'intéressé à exercer ses fonctions, c'est-à-dire à l'appréciation de ses compétences professionnelles et de ses qualités personnelles dans le cadre de ses activités et comportements concernant l'administration de la Cour suprême. Le rapport communiqué par le



ministre de la Justice mentionnait notamment le fait que le requérant n'avait pas engagé une procédure de révocation contre un juge de la Cour suprême qui avait attaqué un membre du ministère de la Justice ainsi que l'allégation selon laquelle il n'appliquait pas des critères professionnels lorsqu'il présentait des candidats aux postes de la Cour suprême. Même s'ils mentionnaient également les vues exprimées par le requérant au sujet d'un projet de modification de la Constitution (le requérant avait exprimé des préoccupations quant à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de la justice), les documents en la possession de la Cour n'indiquaient pas que la proposition de démettre le requérant de ses fonctions ait été « exclusivement ou principalement motivée par ces vues ». De même, dans l'arrêt *Harabin* (précité), c'était le comportement professionnel du requérant dans le cadre de l'administration de la justice qui constituait l'aspect essentiel de l'affaire. La procédure disciplinaire engagée à son encontre (après un refus d'autoriser que des agents du ministère des Finances procèdent à un audit qui aurait dû selon lui être réalisé par la Cour des comptes) concernait la manière dont il exerçait ses fonctions de président de la Cour suprême, et relevait donc de la sphère de son emploi dans la fonction publique. De plus, l'infraction disciplinaire dont il avait été reconnu coupable ne concernait pas des déclarations qu'il aurait faites ou des opinions qu'il aurait exprimées dans le cadre d'un débat public. La Cour a donc conclu que la mesure litigieuse ne constituait pas une ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 10, ce pourquoi elle a jugé le grief tiré de cette disposition irrecevable pour défaut manifeste de fondement (*Harabin*, précité, §§ 150-153).

## **b) Sur l'existence d'une ingérence en l'espèce**

**143.** Comme indiqué ci-dessus, la Cour doit d'abord déterminer si la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice par le requérant de la liberté d'expression. Pour répondre à cette question, il faut préciser la portée de la mesure en la replaçant dans le contexte des faits de la cause et de la législation pertinente (*Wille*, précité, § 43). Eu égard aux circonstances de la présente espèce et à la nature des allégations formulées, la Cour considère que cette question doit être examinée à la lumière des principes généraux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'appréciation des éléments de preuve. Elle rappelle à cet égard que pour se livrer à cet exercice, elle applique le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable ». Elle n'a toutefois jamais eu pour dessein d'emprunter la démarche des ordres juridiques nationaux qui appliquent ce critère. Il ne lui incombe pas de statuer sur la culpabilité en vertu du droit pénal ou sur la responsabilité civile, mais sur la responsabilité des États contractants au regard de la Convention. La spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention – assurer le respect par les Hautes Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d'aborder les questions de preuve (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, § 147, CEDH 2005-VII). La Cour adopte

les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par une évaluation indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits dans leur ensemble et des observations des parties. Conformément à sa jurisprudence constante, la preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (*ibidem*). La Cour a pour pratique d'autoriser une certaine flexibilité en la matière et elle tient compte de la nature du droit matériel en cause ainsi que des éventuelles difficultés d'administration de la preuve. Il arrive que l'État défendeur soit seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou de réfuter les allégations du requérant : en pareil cas, il est impossible d'appliquer rigoureusement le principe affirmanti, non neganti, incumbit probatio (*Fadeïeva c. Russie*, no 55723/00, § 79, CEDH 2005-IV). Ces principes ont été appliqués principalement dans le contexte des articles 2 et 3 de la Convention (*Aktaş c. Turquie*, no 24351/94, § 79, CEDH 2003-V (extraits), et *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], no 39630/09, §§ 151-152, CEDH 2012), mais la Cour observe qu'il y a aussi des cas où ils l'ont été à d'autres droits protégés par la Convention (article 5 : *Creangă c. Roumanie* [GC], no 29226/03, §§ 88-90, 23 février 2012 ; article 8 : *Fadeïeva*, précité ; article 11 : *Makhmoudov c. Russie*, no 35082/04, §§ 68-73, 26 juillet 2007 ; et article 14 : *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], no 57325/00, §§ 177-179, CEDH 2007-IV).

**144.** Ces principes sont particulièrement pertinents en l'espèce, où aucune juridiction nationale n'a jamais examiné les allégations du requérant ni les raisons pour lesquelles son mandat de président de la Cour suprême a pris fin. C'est pourquoi la Grande Chambre souscrit à l'approche de la chambre selon laquelle les faits de la cause et l'enchaînement des événements doivent s'apprécier et s'examiner « dans leur intégralité » (comparer avec *Ivanova c. Bulgarie*, no 52435/99, §§ 83-84, 12 avril 2007).

**145.** La Cour estime nécessaire de rappeler comment les événements se sont déroulés en l'espèce. Elle note d'emblée que le requérant a exprimé publiquement à titre professionnel, en sa qualité de président de la Cour suprême et du Conseil national de la justice, son avis sur divers aspects des réformes législatives qui concernaient les tribunaux. L'intéressé nourrissait à l'égard du projet de loi portant annulation de condamnations définitives des préoccupations que son porte-parole a exposées à un journal le 12 février 2011 (paragraphe 16 ci-dessus). Le 24 mars 2011, il s'est exprimé devant le Parlement sur certains aspects du projet de nouvelle Loi fondamentale (paragraphe 18 ci-dessus). Le 7 avril 2011, avec d'autres présidents de juridictions, il a adressé au président de la République et au Premier ministre une lettre critiquant la proposition contenue dans le projet de Loi fondamentale d'abaisser l'âge du départ obligatoire à la retraite pour les juges (paragraphe 19 ci-dessus). Le 11 avril 2011, il a adressé au Premier ministre une lettre dans laquelle il critiquait à nouveau la proposition relative à l'âge de départ à la retraite

des juges et déclarait qu'il trouvait cette proposition humiliante et contraire aux principes de l'indépendance et de l'inamovibilité des juges (paragraphe 20 ci-dessus). Le 14 avril 2011, en sa qualité de président du Conseil national de la justice, il a, avec la formation plénière de la Cour suprême et d'autres présidents de juridictions, émis un communiqué public critiquant à nouveau la modification de l'âge de départ à la retraite des juges, ainsi que la proposition de modification du Conseil national de la justice (paragraphe 21 ci-dessus). Les auteurs du communiqué exprimaient l'avis que l'on avait inscrit le nouvel âge de départ à la retraite dans la Loi fondamentale afin de supprimer toute possibilité de contrôle juridictionnel de cette mesure par la Cour constitutionnelle, et ils suggéraient que cette approche était sous-tendue par des motivations politiques. Le 4 août 2011, le requérant a contesté devant la Cour constitutionnelle certains textes nouveaux concernant la procédure judiciaire (paragraphe 22 ci-dessus). Le 3 novembre 2011, il s'est à nouveau exprimé devant le Parlement, auquel il a fait part de ses inquiétudes au sujet de la proposition de remplacer le Conseil national de la justice par une administration externe (l'Office judiciaire national) chargée de la gestion des tribunaux (paragraphe 23 ci-dessus). Dans son intervention, il a vivement critiqué cette proposition, estimant que le nouvel organe serait doté de pouvoirs « excessifs », « inconstitutionnels » et « incontrôlables ». Il a de nouveau critiqué la modification de l'âge de départ à la retraite des juges, indiquant que cela aurait de graves conséquences sur la Cour suprême.

146. La Cour note encore que deux membres de la majorité parlementaire, dont le secrétaire d'État à la Justice, ont donné le 14 avril et le 19 octobre 2011 des interviews dans lesquelles ils ont déclaré que le président de la Cour suprême resterait président de la nouvelle *Kúria* et que seul le nom de l'institution allait changer (paragraphe 25 ci-dessus). Le 6 juillet 2011, le Gouvernement a donné à la Commission de Venise l'assurance que la formulation des dispositions transitoires de la Loi fondamentale ne serait pas utilisée pour mettre fin indûment au mandat de personnes élues en vertu du régime juridique précédent (paragraphe 26 ci-dessus). La Cour n'admet pas l'argument du Gouvernement consistant à dire que le fait que ces deux interviews aient été données après que le requérant eut exprimé certaines de ses critiques prouve que la mesure litigieuse n'était pas en réalité une conséquence de ces critiques. Toutes les propositions de cessation du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême ont été rendues publiques et soumises au Parlement entre le 19 et le 23 novembre 2011, c'est-à-dire peu après son intervention du 3 novembre 2011 devant le Parlement, et elles ont été adoptées dans un laps de temps remarquablement court. La cessation du mandat du requérant a pris effet le 1er janvier 2012, date à laquelle la Loi fondamentale est entrée en vigueur et la nouvelle *Kúria* a succédé à la Cour suprême.

**147.** De plus, la Cour observe que le 9 novembre 2011 le projet de loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux a été amendé par l'ajout d'un nouveau critère d'éligibilité à la présidence de la *Kúria* (paragraphes 35 et 50 ci-dessus) : les candidats à cette charge devaient être des juges nommés pour une durée indéterminée et avoir été juges en Hongrie pendant au moins cinq ans. Le temps passé en tant que juge dans une juridiction internationale n'était pas pris en compte, de sorte que le requérant devenait inéligible à la fonction de président de la nouvelle *Kúria*.

**148.** Prenant les événements en compte dans leur ensemble avec la manière dont ils se sont enchaînés plutôt que séparément comme des incidents distincts, la Cour estime qu'il y a un commencement de preuve de l'existence d'un lien de causalité entre l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression et la cessation de son mandat. Cette analyse est corroborée par les nombreux documents produits par l'intéressé et faisant état de la perception largement partagée qu'un tel lien existe. Ces documents comprennent non seulement des articles publiés tant dans la presse hongroise que dans la presse étrangère, mais aussi des textes adoptés par les institutions du Conseil de l'Europe (voir la position de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au paragraphe 62 ci-dessus et la position de la Commission de Venise au paragraphe 59 ci-dessus).

**149.** La Cour estime que, dès lors qu'il y a un commencement de preuve en faveur de la version des faits présentée par le requérant et de l'existence d'un lien de causalité, la charge de la preuve doit être renversée et peser sur le Gouvernement. Il est particulièrement important en l'espèce de procéder ainsi car les raisons qui ont motivé la cessation du mandat du requérant ne sont connues que du Gouvernement et n'ont jamais été établies ni examinées par une juridiction ou un organe indépendants, à la différence de ce qui s'est produit dans le cas de l'ancien vice-président de la Cour suprême. La Cour note que les explications avancées au moment des faits dans les projets de loi contenant les amendements relatifs à la cessation du mandat du requérant n'étaient guère détaillées. Ces textes renvoyaient en termes généraux à la nouvelle Loi fondamentale, à la juridiction devant succéder à la Cour suprême et aux modifications du système judiciaire résultant de cette nouvelle Loi, sans expliquer quels étaient les changements qui étaient à l'origine de la cessation prématurée du mandat du requérant à la présidence de la haute juridiction. Cela ne peut être considéré comme suffisant dans les circonstances de la présente affaire, étant donné que les précédents projets soumis pendant le processus législatif ne mentionnaient pas la cessation du mandat du requérant (voir, au paragraphe 30 ci-dessus, les versions du 21 octobre et du 17 novembre 2011) et que, dans leurs précédentes déclarations, le Gouvernement et les membres de la majorité parlementaire avaient dit exactement l'inverse, à savoir qu'il ne serait pas mis fin au mandat du requérant à l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi

fondamentale (paragraphe 25-26 ci-dessus). De plus, les autorités nationales n'ont mis en cause ni l'aptitude du requérant à exercer ses fonctions de président de l'organe judiciaire suprême ni son comportement professionnel (voir, *a contrario*, la décision *Harabin* (précitée) et l'arrêt *Harabin*, précité, § 151).

**150.** En ce qui concerne les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier devant elle la mesure litigieuse, la Cour estime qu'elles ne font pas apparaître que les changements apportés aux fonctions de l'autorité judiciaire suprême ou aux tâches de son président étaient fondamentaux au point de commander de mettre fin de manière anticipée au mandat du requérant. Le Gouvernement argue que la fonction à laquelle le requérant avait été élu a cessé d'exister, les activités de l'intéressé ayant surtout consisté à exercer les fonctions managériales de président du Conseil national de la justice, fonctions qui, après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, auraient été séparées de celles de président de la *Kúria*. À cet égard, la Cour souligne qu'il semble que la charge de président du Conseil national de la justice ait été accessoire à celle de président de la Cour suprême et non l'inverse. De plus, si le requérant avait été jugé compétent pour exercer ces deux fonctions au moment de son élection, le fait que l'une d'entre elles a par la suite été supprimée ne peut en principe influencer sur son aptitude à continuer d'exercer l'autre. Quant aux modifications des compétences de l'organe judiciaire suprême qui ont été invoquées, il n'apparaît pas qu'elles soient aussi fondamentales que cela a pu être dit. La principale compétence nouvelle attribuée à la *Kúria* est le pouvoir de contrôler la légalité des actes adoptés par les autorités locales et de statuer sur les allégations de manquement par une autorité locale à ses obligations légales. Le rôle de garant de la cohérence de la jurisprudence, quant à lui, existait déjà précédemment (voir l'article 47 § 2 de l'ancienne Constitution relatif aux résolutions d'uniformisation), même si de nouveaux moyens de mener à bien cette tâche ont été introduits par la nouvelle législation, qui comportait des règles plus détaillées (création de groupes d'analyse de la jurisprudence, publication de décisions de principe des juridictions inférieures).

**151.** La Cour considère donc que le Gouvernement n'a pas démontré de façon convaincante que la mesure litigieuse fût le résultat de la suppression du poste et des fonctions du requérant dans le cadre de la réforme de l'autorité judiciaire suprême. En conséquence, elle estime comme le requérant que la cessation prématurée du mandat de l'intéressé était due aux opinions et aux critiques qu'il avait exprimées publiquement à titre professionnel.

**152.** Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que la cessation prématurée du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Wille*, précité, § 51, et *Koudechkina*, précité, § 80). Il reste

donc à déterminer si cette ingérence était justifiée au regard de l'article 10 § 2.

## *2. Sur la justification de l'ingérence*

### **a) « Prévue par la loi »**

**153.** La Cour note que la cessation du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême était prévue par l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale et par l'article 185 § 1 de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux, deux textes entrés en vigueur le 1er janvier 2012. Le requérant soutient que, vu leur caractère individualisé, rétroactif et arbitraire, ces dispositions ne peuvent être considérées comme « la loi » au sens de la Convention.

**154.** En ce qui concerne la nature individualisée de la législation en cause, la Cour a déjà exprimé des doutes, aux paragraphes 117 et 121 ci-dessus, quant au point de savoir si cette législation était conforme à l'état de droit. Elle partira toutefois du principe que l'ingérence était « prévue par la loi » au sens du paragraphe 2 de l'article 10, la mesure litigieuse emportant en tout état de cause violation de cet article pour d'autres raisons (paragraphe 175 ci-dessous).

### **b) But légitime**

**155.** Le Gouvernement argue que la cessation du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême visait à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire au sens de l'article 10 § 2. Il renvoie aux circonstances dans lesquelles l'intéressé a été élu président de la haute juridiction en 2009 et indique que sa fonction était de nature essentiellement administrative et « gouvernementale », ce qui justifierait que l'on ait mis fin à son mandat afin de renforcer l'indépendance de la justice.

**156.** La Cour admet que la modification des règles d'élection du président de l'organe judiciaire suprême d'un pays en vue de renforcer l'indépendance du titulaire de cette charge peut être liée à l'objectif légitime de « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » au sens de l'article 10 § 2. Elle considère toutefois qu'un État partie ne peut légitimement invoquer l'indépendance de la justice pour justifier une mesure telle que la cessation prématurée du mandat du président d'une juridiction par des raisons qui n'étaient pas prévues par la loi et qui n'avaient pas de rapport avec une quelconque impéritie ou faute professionnelle. La Cour considère que pareille mesure ne pouvait contribuer au renforcement de l'indépendance de la justice, car elle était en même temps, et pour les raisons exposées ci-dessus (paragraphes 151-152), la conséquence de l'exercice antérieur par le requérant – plus haut magistrat du pays – de son droit à la liberté d'expression. Comme

indiqué ci-dessus dans le cadre de l'examen du grief tiré de l'article 6, c'est aussi une mesure qui a porté atteinte au droit de l'intéressé, reconnu dans l'ordre juridique interne, d'accomplir l'intégralité de son mandat de six ans à la présidence de la Cour suprême. Dans ces conditions, la cessation prématurée du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême, loin de contribuer à garantir l'indépendance de la justice, apparaît au contraire incompatible avec ce but.

**157.** Il s'ensuit que la Cour ne peut admettre que l'ingérence litigieuse visât le but légitime invoqué par le Gouvernement aux fins de l'article 10 § 2. Lorsqu'il a été démontré qu'une ingérence ne poursuivait pas un « but légitime », il n'est pas nécessaire de rechercher si elle était « nécessaire dans une société démocratique » (*Khoujine et autres c. Russie*, no 13470/02, § 117, 23 octobre 2008). Toutefois, dans les circonstances particulières de la présente affaire et eu égard aux arguments des parties, la Cour estime important d'examiner aussi, en l'espèce, la question de savoir si l'ingérence litigieuse était « nécessaire dans une société démocratique ».

### **c) « Nécessaire dans une société démocratique »**

#### *i. Les principes généraux relatifs à la liberté d'expression*

**158.** La Cour a réaffirmé maintes fois depuis son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A no 24) les principes généraux à appliquer pour apprécier la nécessité d'une mesure constitutive d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression. Elle les a rappelés récemment encore dans les arrêts *Morice c. France* ([GC], no 29369/10, § 124, 23 avril 2015), *Delfi AS c. Estonie* ([GC], no 64569/09, § 131, CEDH 2015) et *Perinçek c. Suisse* ([GC], no 27510/08, § 196, CEDH 2015 (extraits)) en ces termes :

« i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux autorités nationales compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10

les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) »

**159.** De plus, en ce qui concerne le niveau de protection, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (*Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nos 21279/02 et 36448/02, § 46, CEDH 2007-IV, et *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 90, 7 février 2012). Partant, un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général, ce qui est le cas, notamment, pour des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire (*Roland Dumas c. France*, no 34875/07, § 43, 15 juillet 2010, et *Morice*, précité, § 125).

**160.** La Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des facteurs à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence. Comme elle l'a déjà souligné, les ingérences dans la liberté d'expression risquent d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de cette liberté (*Guja*, précité, § 95, et *Morice*, précité, § 127).

**161.** Enfin, pour évaluer la justification d'une mesure litigieuse, il faut garder à l'esprit que l'équité de la procédure et les garanties procédurales accordées au requérant sont des facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression garantie par l'article 10 (voir, *mutatis mutandis*, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, §§ 47-48, série A no 236, *Association Ekin c. France*, no 39288/98, § 61, CEDH 2001-VIII, *Colombani et autres c. France*, no 51279/99, § 66, CEDH 2002-V, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, § 95, CEDH 2005-II, *Kyprianou c. Chypre* [GC], no 73797/01, §§ 171 et 181, CEDH 2005-XIII, *Mamère c. France*, no 12697/03, §§ 23-24, CEDH 2006-XIII, *Koudechkina*, précité, § 83, et *Morice*, précité, § 155). La Cour a déjà dit que l'absence de contrôle juridictionnel effectif pouvait justifier un constat de violation de l'article 10 (voir, en particulier, *Lombardi Vallauri c. Italie*, no 39128/05, §§ 45-56, 20 octobre 2009). En effet, comme elle l'a déclaré précédemment dans le contexte de cet article, « [l]a qualité de l'examen (...) judiciaire de la nécessité de la mesure (...) revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation



pertinente » (*Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], no 48876/08, § 108, CEDH 2013 (extraits)).

*ii. Les principes généraux relatifs à la liberté d'expression des juges*

**162.** La Cour a admis qu'il était légitime pour l'État d'imposer aux membres de la fonction publique, en raison de leur statut, un devoir de réserve, mais elle a dit aussi qu'il s'agissait néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficiaient de la protection de l'article 10 de la Convention (*Vogt*, précité, § 53, et *Guja*, précité, § 70). Il revient donc à la Cour, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 10 § 2. En exerçant ce contrôle, la Cour doit tenir compte du fait que, quand la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les « devoirs et responsabilités » visés à l'article 10 § 2 revêtent une importance particulière qui justifie de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée est proportionnée au but mentionné plus haut (*Vogt*, précité, § 53, et *Albayrak c. Turquie*, no 38406/97, § 41, 31 janvier 2008).

**163.** La Cour rappelle que, compte tenu de la place éminente, parmi les organes de l'État, qu'occupe la magistrature dans une société démocratique, cette approche s'applique également en cas de restriction touchant la liberté d'expression d'un juge dans l'exercice de ses fonctions, même si les magistrats ne font pas partie de l'administration au sens strict (*Albayrak*, précité, § 42, et *Pitkevich*, décision précitée).

**164.** La Cour a reconnu que l'on est en droit d'attendre des fonctionnaires de l'ordre judiciaire qu'ils usent de leur liberté d'expression avec retenue chaque fois que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont susceptibles d'être mises en cause (*Wille*, précité, § 64, *Kayasu*, précité, § 92, *Koudechkina*, précité, § 86, et *Di Giovanni*, précité, § 71). La divulgation de certaines informations, même exactes, doit se faire avec modération et décence (*Koudechkina*, précité, § 93). La Cour a souligné à maintes reprises le rôle particulier du pouvoir judiciaire dans la société : comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, il doit jouir de la confiance des citoyens pour mener à bien sa mission (*Koudechkina*, précité, § 86, et *Morice*, précité, § 128). C'est pourquoi, dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à rendre la justice, afin de garantir leur image de juges impartiaux (*Olujić*, précité, § 59).

**165.** Parallèlement, la Cour a aussi souligné, dans des affaires concernant des juges qui se trouvaient dans une situation comparable à celle du requérant en l'espèce, que, eu égard en particulier à l'importance

croissante attachée à la séparation des pouvoirs et à la nécessité de préserver l'indépendance de la justice, elle se doit d'examiner attentivement toute ingérence dans la liberté d'expression d'un juge se trouvant dans une telle situation (*Harabin* (décision précitée) ; voir aussi *Wille*, précité, § 64). De plus, les questions concernant le fonctionnement de la justice relèvent de l'intérêt général ; or les débats sur les questions d'intérêt général bénéficient généralement d'un niveau élevé de protection au titre de l'article 10 (*Koudechkina*, précité, § 86, et *Morice*, précité, § 128). Même si une question suscitant un débat a des implications politiques, ce simple fait n'est pas en lui-même suffisant pour empêcher un juge de prononcer une déclaration sur le sujet (*Wille*, précité, § 67). Dans une société démocratique, les questions relatives à la séparation des pouvoirs peuvent concerner des sujets très importants dont le public a un intérêt légitime à être informé et qui relèvent du débat politique (*Guja*, précité, § 88).

**166.** Dans le cadre de l'article 10 de la Convention, la Cour doit examiner les déclarations en question en tenant compte des circonstances et de l'ensemble du contexte de l'affaire (voir, *mutatis mutandis*, *Morice*, précité, § 162). Elle doit considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'affaire dans son ensemble (*Wille*, précité, § 63, et *Albayrak*, précité, § 40), en attachant une importance particulière à la fonction occupée par le requérant, à ses déclarations et aux circonstances dans lesquelles celles-ci ont été formulées.

**167.** Enfin, la Cour rappelle que la crainte d'une sanction a un « effet dissuasif » sur l'exercice du droit à la liberté d'expression, en particulier à l'égard d'autres juges qui souhaiteraient participer au débat public sur des questions ayant trait à l'administration de la justice et au système judiciaire (*Koudechkina*, précité, §§ 99-100). Cet effet, qui nuit à la société dans son ensemble, est aussi un facteur à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité de la sanction ou de la mesure répressive imposées (*Koudechkina*, précité, § 99).

### *iii. Application de ces principes en l'espèce*

**168.** La Cour rappelle qu'elle a conclu (au paragraphe 151 ci-dessus) que l'ingérence litigieuse était la conséquence des opinions et des critiques que le requérant avait exprimées publiquement dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Elle observe à cet égard qu'il a donné son avis sur les réformes législatives en cause à titre professionnel, en sa qualité de président de la Cour suprême et du Conseil national de la justice. Il avait non seulement le droit mais encore le devoir, en tant que président de ce conseil, de formuler un avis sur des réformes législatives concernant les tribunaux après avoir recueilli et synthétisé les opinions des juridictions inférieures (voir le paragraphe 44 ci-dessus). Le requérant a aussi fait usage du pouvoir qui l'autorisait à saisir la Cour constitutionnelle d'une demande de contrôle de certains textes ainsi que de la possibilité de

prendre la parole directement devant le Parlement, et ce par deux fois, conformément au règlement du Parlement (paragraphe 46 ci-dessus). La Cour attache donc une importance particulière à la fonction occupée par le requérant, dont le rôle et le devoir consistaient notamment à donner son avis sur les réformes législatives susceptibles d'avoir une incidence sur les tribunaux et sur l'indépendance de la justice. Elle renvoie à cet égard aux instruments du Conseil de l'Europe, qui reconnaissent qu'il appartient à chaque juge de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire (paragraphe 3 de la Magna Carta des juges, citée au paragraphe 81 ci-dessus) et qu'il faut consulter et impliquer les juges et les tribunaux lors de l'élaboration des dispositions législatives concernant leur statut et, plus généralement, au fonctionnement de la justice (voir le paragraphe 34 de l'avis no 3 (2002) du CCJE au paragraphe 80 ci-dessus et le paragraphe 9 de la Magna Carta des juges au paragraphe 81 ci-dessus).

**169.** À cet égard, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement consistant à dire que les fonctions du requérant à la présidence de la Cour suprême étaient de nature plus administrative que judiciaire, que la cessation de son mandat « devait s'apprécier à la lumière des règles régissant la désinvestiture des personnes nommées dans le cadre d'un processus politique et non de celles régissant la révocation des juges », et que, dans ce cas, les autorités pouvaient légitimement tenir compte de l'avis du requérant sur la réforme des tribunaux.

**170.** La présente espèce se distingue aussi d'autres affaires dans lesquelles étaient en jeu la confiance du public dans la justice et la nécessité de protéger cette confiance contre des attaques destructives (*Di Giovanni*, précité, § 81, et *Koudechkina*, précité, § 86). Le Gouvernement a invoqué la nécessité de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, mais les opinions et les déclarations exprimées publiquement par le requérant ne contenaient pas d'attaques contre d'autres membres du système judiciaire (comparer avec *Di Giovanni* et *Poyraz*, tous deux précités) ; elles ne concernaient pas non plus des critiques relatives au traitement judiciaire d'une affaire en cours (*Koudechkina*, précité, § 94).

**171.** Au contraire, le requérant a exprimé son avis et ses critiques sur des réformes constitutionnelles et législatives touchant les tribunaux, sur des questions relatives au fonctionnement et à la réforme du système judiciaire, à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges et à l'abaissement de l'âge auquel ceux-ci devaient prendre leur retraite, toutes questions qui relèvent de l'intérêt général (voir, *mutatis mutandis*, *Koudechkina*, §§ 86 et 94). Ses déclarations n'ont pas dépassé le domaine de la simple critique d'ordre strictement professionnel. Dès lors, la Cour considère que la position du requérant et ses déclarations relevaient manifestement d'un débat sur des questions d'intérêt général. Il en résulte que la liberté d'expression du requérant devait bénéficier d'un niveau élevé de protection et que toute ingérence dans l'exercice de cette

liberté devait faire l'objet d'un contrôle strict, qui va de pair avec une marge d'appréciation restreinte des autorités de l'État défendeur.

**172.** De plus, même si le requérant a conservé ses fonctions de juge et de président d'une chambre civile de la nouvelle *Kúria*, il a été désinvesti de son mandat de président de la Cour suprême trois ans et demi avant la date où ce mandat devait expirer en vertu de la législation en vigueur au moment où il avait été élu. Cette situation ne se concilie guère avec la considération particulière qui doit être accordée à la nature de la fonction judiciaire, branche indépendante du pouvoir de l'État, et au principe de l'inamovibilité des juges, principe qui constitue – en vertu tant de la jurisprudence de la Cour que des instruments internationaux et des instruments du Conseil de l'Europe – un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice (voir les principes sur l'inamovibilité des juges qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 § 1 – arrêts *Fruni c. Slovaquie*, no 8014/07, § 145, 21 juin 2011, et *Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne*, no 23614/08, § 53, 30 novembre 2010 –, les textes internationaux et les textes du Conseil de l'Europe – paragraphes 72 à 79 et 81 à 85 ci-dessus – et, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Commission européenne c. Hongrie* de la Cour de justice de l'Union européenne – 8 avril 2014, cité au paragraphe 70 ci-dessus –, qui concernait la cessation anticipée du mandat de l'ancien commissaire à la protection des données). Dans ce contexte, il apparaît que, contrairement à ce qu'argue le Gouvernement, la désinvestiture du requérant de son mandat de président de la Cour suprême a desservi, et non servi, l'objectif de protection de l'indépendance de la justice.

**173.** De plus, la cessation prématurée du mandat du requérant a indubitablement eu un « effet dissuasif » en ce qu'elle a dû décourager non seulement le requérant lui-même mais aussi d'autres juges et présidents de juridictions de participer, à l'avenir, au débat public sur des réformes législatives concernant les tribunaux et, de manière plus générale, sur des questions relatives à l'indépendance de la justice.

**174.** Enfin, il faut tenir dûment compte de l'aspect procédural de l'article 10 (voir la jurisprudence citée au paragraphe 161 ci-dessus). À la lumière des considérations qui l'ont amenée à conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour considère que les restrictions litigieuses apportées à l'exercice par le requérant du droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention ne s'accompagnaient pas de garanties effectives et adéquates contre les abus.

**175.** En bref, même à supposer que les motifs invoqués par l'État défendeur aient été pertinents, la Cour estime que, nonobstant la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales, ils ne sauraient passer pour suffisants aux fins de démontrer que l'ingérence dénoncée était « nécessaire dans une société démocratique ».

**176.** Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 10

**177.** Devant la chambre, le requérant s'est plaint, sur le terrain de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 10, d'avoir été privé d'un recours interne effectif relativement à la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême. Il n'a pas expressément soulevé ce grief devant la Grande Chambre. L'article 13 est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

**178.** Le Gouvernement soutient que l'article 13 n'est pas applicable en l'espèce car le requérant ne peut passer pour avoir un grief défendable au regard de l'article 10.

**179.** La chambre a considéré que, eu égard à son constat de violation de l'article 6 de la Convention, il n'était pas nécessaire qu'elle se prononce sur le grief tiré de l'article 13 combiné avec l'article 10 (paragraphe 113 de l'arrêt de la chambre).

**180.** La Cour rappelle que l'article 13 n'impose l'ouverture d'un recours en droit interne qu'à l'égard des griefs qui peuvent être considérés comme « défendables » au regard de la Convention (*Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, § 52, série A no 131).

**181.** Elle note toutefois que l'article 6 constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 13, les exigences du second se trouvant comprises dans celles, plus strictes, du premier (voir, par exemple, *Kouznetsov et autres c. Russie*, no 184/02, § 87, 11 janvier 2007, et *Efendiyeva c. Azerbaïdjan*, no 31556/03, § 59, 25 octobre 2007). Compte tenu des conclusions auxquelles elle est parvenue sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 122 ci-dessus), elle juge que le grief tiré de l'article 13 ne soulève pas de question distincte (voir, par exemple, *Oleksandr Volkov*, précité, § 189).

**182.** En conséquence, la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 13 combiné avec l'article 10 de la Convention.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 6 § 1 ET 10

**183.** Devant la chambre, le requérant s'est plaint d'avoir été traité différemment de ses collègues se trouvant dans une situation analogue à la sienne (les autres chefs de juridiction et le président de la Cour constitutionnelle), en conséquence du fait qu'il avait exprimé des opinions au centre d'une controverse politique. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 6 § 1 et 10, il soutenait que les mesures dirigées contre lui avaient constitué une différence de traitement injustifiée fondée sur d'« autres opinions ». Il n'a pas formulé expressément ce grief devant la Grande Chambre. L'article 14 est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

**184.** Considérant que l'article 6 n'est pas applicable en l'espèce, le Gouvernement estime que, dès lors, l'article 14 combiné avec cette disposition ne l'est pas non plus. Quant au grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 10, il est d'avis qu'il est essentiellement le même que celui formulé sur le terrain de l'article 10. Il avance qu'en toute hypothèse, la situation du requérant en tant que président de la Cour suprême différerait de celles des autres juges et des autres titulaires d'une charge publique élus par le Parlement. Le statut du requérant au regard du droit public serait plus proche de celui du Premier ministre, du président de la République ou du président de la Cour constitutionnelle, dont aucun n'aurait le droit de contester devant un tribunal son éventuelle déinvestiture. Le Gouvernement soutient que les tâches et les fonctions des autres juges de la Cour suprême ou des présidents des juridictions inférieures n'ont pas du tout été modifiées par les changements organisationnels du système judiciaire ou l'ont été dans une faible mesure, raison pour laquelle ces magistrats ne se trouvent pas selon lui dans une situation comparable à celle du requérant.

**185.** La chambre a considéré que, eu égard aux conclusions auxquelles elle était parvenue sur le terrain des articles 6 § 1 et 10 de la Convention, il n'était pas nécessaire qu'elle examine séparément le grief tiré de l'article 14 combiné avec ces deux dispositions.

**186.** La Grande Chambre juge que le grief tiré de l'article 14 de la Convention est essentiellement le même que ceux déjà examinés sous l'angle des articles 6 § 1 et 10. Eu égard à son constat de violation de ces articles (paragraphe 122 et 176 ci-dessus), elle conclut, à l'instar de la chambre, qu'il ne se pose pas de question distincte sur le terrain de

l'article 14. En conséquence, elle ne formule pas de conclusion séparée au regard de cet article (voir, par exemple, *Otegi Mondragon c. Espagne*, no 2034/07, § 65, CEDH 2011).

## V. APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

### **187.** Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### **A. Dommage**

**188.** Le requérant soutient qu'en conséquence de la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême et de l'entrée en vigueur d'une loi rétroactive concernant la rémunération attachée à son poste (paragraphe 52 ci-dessus), il a perdu son salaire de président, les autres avantages attachés à cette charge, ainsi que les avantages (indemnité de départ pendant six mois et complément de pension à vie) auxquels il avait droit en qualité d'ancien président de la Cour suprême. Il a produit une ventilation détaillée de la somme – un montant total de 742 520 euros (EUR) – qu'il réclame pour dommage matériel. Il argue qu'il y a un lien de causalité manifeste entre le dommage matériel qu'il estime avoir subi et la violation de l'article 10 de la Convention qu'il allègue.

**189.** Il ajoute que la cessation prématurée de son mandat a nui à sa carrière et à sa réputation professionnelle, et qu'il en a conçu une frustration considérable. Il sollicite donc l'octroi, à titre de satisfaction équitable pour le dommage moral qu'il estime avoir subi, d'une somme de 20 000 EUR.

**190.** Le Gouvernement ne conteste pas que la perte de salaire du requérant s'élève à 59 319 EUR, mais il estime que le montant total réclamé par l'intéressé à titre de satisfaction équitable est excessif. En particulier, il argue que les demandes du requérant sont surtout liées au grief qu'il tirait de l'article 1 du Protocole no 1, grief que la chambre a déclaré irrecevable.

**191.** Sans spéculer sur la somme exacte que peuvent représenter le salaire et les indemnités que le requérant aurait touchés si les violations de la Convention n'avaient pas eu lieu et s'il avait pu accomplir jusqu'à son terme son mandat de président de la Cour suprême, la Cour observe qu'il a subi un préjudice matériel qu'il y a lieu de prendre en compte. Elle considère aussi qu'il a dû éprouver un dommage moral que le seul constat de violation de la Convention dans le présent arrêt ne suffit pas à réparer. Statuant en équité et à la lumière de toutes les informations en sa

possession, elle juge raisonnable de lui octroyer la somme globale de 70 000 EUR, tous chefs de dommage confondus, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme à titre d'impôt (voir, *mutatis mutandis*, *Kayasu*, précité, § 128).

## **B. Frais et dépens**

**192.** Le requérant réclame 153 532 EUR pour les frais et dépens engagés dans le cadre de la procédure menée devant la chambre et 27 338,70 EUR pour ceux afférents à la procédure devant la Grande Chambre (y compris les frais correspondant à l'audience publique de la Grande Chambre). Il a produit des récapitulatifs détaillés indiquant le nombre d'heures passées par ses avocats pour la préparation de l'affaire devant la Cour : en ce qui concerne la procédure devant la chambre, 669,5 heures de travail juridique, facturées au taux horaire de 190,50 EUR, et 406,9 heures de travail para-juridique (y compris les frais de traduction), facturées au taux horaire de 63,50 EUR, et, en ce qui concerne la procédure devant la Grande Chambre, 135,6 heures de travail juridique et 13,4 heures de travail para-juridique, facturées aux taux horaires précités. Sa demande totale au titre des frais et dépens s'élève ainsi à 180 870,70 EUR.

**193.** Le Gouvernement conteste ces demandes. Il considère que les frais liés au grief tiré de l'article 1 du Protocole no 1 ne peuvent être considérés comme nécessaires et raisonnables. Il ajoute que les sommes réclamées pour les frais et dépens afférents à l'audience publique de Grande Chambre sont excessifs et exagérés.

**194.** Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux.

**195.** En l'espèce, eu égard aux documents en sa possession et aux critères rappelés ci-dessus, la Cour estime raisonnable d'allouer au requérant la somme de 30 000 EUR au titre des frais et dépens engagés pour la procédure menée devant elle.

## **C. Intérêts moratoires**

**196.** La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne, majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

**1. Dit**, par quinze voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;



**2. *Dit***, par quinze voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

**3. *Dit***, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 13 combiné avec l'article 10 de la Convention ;

**4. *Dit***, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 combiné avec les articles 6 § 1 et 10 de la Convention ;

**5. *Dit***, par quinze voix contre deux,

a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement :

i. 70 000 EUR (soixante-dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû sur cette somme à titre d'impôt, pour dommage matériel et moral ;

ii. 30 000 EUR (trente mille euros), plus tout montant pouvant être dû par le requérant sur cette somme à titre d'impôt, pour frais et dépens ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

**6. *Rejette***, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme à Strasbourg, le 23 juin 2016.

Luis López Guerra  
Président  
Johan Callewaert  
Adjoint au greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante commune aux juges Pinto de Albuquerque et Dedov ;
- opinion concordante du juge Sicilianos ;
- opinion dissidente du juge Pejchal ;
- opinion dissidente du juge Wojtyczek.

## OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES PINTO DE ALBUQUERQUE ET DEDOV

**1.** Nous souscrivons sans réserve aux conclusions de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) en l'espèce, et à l'essentiel de son raisonnement. Néanmoins, nous considérons que beaucoup de choses n'ont pas été dites dans l'arrêt. Certaines caractéristiques importantes de cette affaire n'ont pas été traitées du tout tandis que d'autres n'ont été qu'indirectement abordées. Eu égard à l'importance cruciale de cette affaire pour l'état de droit, l'indépendance de la justice et la détermination du rôle de la Cour quant au maintien de ces valeurs en Europe, nous estimons de notre devoir de dire *urbi et orbi* ce qui n'a pas été dit.

Premièrement, la nature de l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale (31 décembre 2011) n'est pas clairement établie. Deuxièmement, la Cour semble se présumer compétente pour apprécier la compatibilité de dispositions constitutionnelles avec la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») et n'explique ni les motifs de cette présomption ni la portée de sa compétence. Elle apprécie tant le fond que la procédure d'adoption des dispositions litigieuses en partant du principe qu'elle a une *Kompetenz-kompetenz* « naturelle » ou « juridique » lui permettant de vérifier la compatibilité avec la Convention des réformes constitutionnelles en question, y compris sur des questions relatives à l'indépendance de la justice et à l'état de droit. Troisièmement, aux fins de son appréciation de la réforme constitutionnelle, la Cour considère que le requérant avait en droit interne le droit d'accès à un tribunal, alors que la question de la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême avait été réglée dans une disposition constitutionnelle transitoire avec le but délibéré d'interdire à l'intéressé de la contester devant le tribunal de la fonction publique. Pour ce faire, elle interprète le droit interne comme incorporant les normes internationales relatives à l'indépendance de la justice, qui sont essentiellement des normes non contraignantes. Cela signifie, pour parler clairement, que non seulement la Cour donne à la garantie d'indépendance de la justice et au droit d'accès à un tribunal protégés par l'article 6 de la Convention un effet direct dans l'ordre juridique hongrois, mais encore elle affirme l'effet supra-constitutionnel de la Convention, pour infirmer la disposition constitutionnelle de droit interne contraire. Ce faisant, elle se place, en position de Cour constitutionnelle européenne, compétente pour déclarer de nul effet dans l'ordre juridique interne des dispositions nationales de nature constitutionnelle.

### **Des normes constitutionnelles inconstitutionnelles**

**2.** Le requérant se plaint de ne pas avoir eu accès à un tribunal ou à un autre organe exerçant des fonctions judiciaires et pouvant être qualifié de « tribunal » aux fins du critère *Vilho Eskelinen*. Il argue que la majorité

constituante a délibérément choisi d'adopter un texte législatif situé au plus haut niveau de la hiérarchie des normes pour l'empêcher d'accéder à la Cour constitutionnelle<sup>1</sup>. Pourtant, il soutient que la première condition du critère *Vilho Eskelinen* n'est pas remplie, son droit d'accès à un tribunal n'ayant pas, selon lui, été exclu par le droit interne. Cette contradiction logique dans son raisonnement est soulignée par le Gouvernement, qui plaide que, puisque la Loi fondamentale fait partie du droit interne et qu'elle a exclu l'accès à un tribunal, alors l'accès à un tribunal a bel et bien été exclu par le droit interne. Le Gouvernement ajoute que, étant donné le statut constitutionnel spécial du président de la Cour suprême par rapport aux autres juges et aux chefs administratifs des juridictions inférieures (qui n'étaient pas élus par le Parlement et ne jouissaient pas des mêmes privilèges que lui, aucun autre président de juridiction n'étant soustrait au contrôle du Conseil national de la justice), le mandat du requérant en tant que président de la Cour suprême était de nature « gouvernementale », de sorte que sa cessation pouvait se justifier par des « considérations politiques ». La première condition du critère *Vilho Eskelinen*, à supposer que celui-ci soit applicable, devrait donc être considérée comme remplie.

**3.** La loi XX de 1949 sur la Constitution de la République de Hongrie (« la Constitution ») telle que révisée en 1989-90 est restée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011. Le 25 avril 2011, la nouvelle Loi fondamentale de la Hongrie (« la Loi fondamentale ») a été adoptée. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Son article Q est ainsi libellé :

Article Q

« (1) Afin de créer et de maintenir la paix et la sécurité, et d'assurer le développement durable de l'humanité, la Hongrie œuvre à la coopération entre tous les peuples et les pays du monde.

(2) Afin de respecter ses obligations de droit international, la Hongrie veille à ce que le droit hongrois soit en conformité avec le droit international.

(3) La Hongrie accepte les règles de droit international généralement reconnues. Les autres sources de droit international sont intégrées au système juridique hongrois par voie de promulgation. »

**4.** En l'espèce, la Cour se trouve face à une disposition constitutionnelle transitoire, l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale. Prise seule ou combinée avec l'article 185 de la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux, cette disposition a eu pour effet de priver un individu donné, le requérant, de son mandat de président de la Cour suprême, sans possibilité pour lui d'accéder à un tribunal.

**5.** Malgré ce cadre constitutionnel et infra-constitutionnel, la Cour considère, au paragraphe 107 de l'arrêt, que le droit interne prévoyait le « droit pour le titulaire du mandat d'accomplir celui-ci jusqu'à son terme ou

---

<sup>1</sup>. Au paragraphe 22 de ses observations écrites du 8 avril 2015.

jusqu'au terme de son mandat de juge ». Elle s'appuie sur les articles 48 § 3 et 50 § 3 de la Constitution de 1949 et sur les articles 73 et 74/A de la loi LXVI de 1997 sur l'organisation et l'administration des tribunaux, qui formaient le cadre légal en vigueur au moment de l'élection du requérant, et pendant son mandat jusqu'au 31 décembre 2011. Elle ajoute que, en cas de cessation d'un mandat de manière anticipée contre le gré de son titulaire, l'intéressé « pouvait solliciter un contrôle juridictionnel de la décision correspondante ». Elle renvoie à cet égard, *mutatis mutandis*, à l'arrêt *Zander c. Suède*<sup>2</sup>. Elle conclut donc, au paragraphe 109, qu'au moment de son élection et pendant son mandat, le requérant pouvait prétendre de manière défendable que le droit hongrois le protégeait d'une cessation arbitraire de son mandat de président de la Cour suprême. En d'autres termes, elle interprète le cadre juridique interne tel qu'il se trouvait au 1er janvier 2012 comme conférant au président de la Cour suprême, sur la base de la jurisprudence de Strasbourg, le droit de demander le contrôle juridictionnel d'une décision mettant fin à son mandat.

**6.** Au paragraphe 110, la Cour répète que la cessation *ex lege* du mandat du requérant ne peut « anéantir, rétroactivement, le caractère défendable du droit que lui garantissaient les règles qui étaient applicables au moment de son élection », refusant ainsi expressément de répondre à la question de savoir s'il existait en droit interne un droit garanti par le nouveau texte constitutionnel. On trouve au paragraphe 114 le fondement juridique ultime de la réponse à cette question. La Cour se réfère aux « normes internationales et aux normes du Conseil de l'Europe relatives à l'indépendance de la magistrature et aux garanties procédurales applicables en cas de révocation de juges », en particulier aux Principes fondamentaux des Nations unies relatifs à l'indépendance de la magistrature, à l'Observation générale no 32 du Comité des droits de l'homme des Nations unies, à la « jurisprudence pertinente » du Comité des droits de l'homme des Nations unies, à la Charte européenne sur le statut des juges, à l'Avis no 1 du Conseil consultatif de juges européens, à la Magna Carta des juges du CCJE, et même à la jurisprudence pertinente de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : c'est-à-dire qu'elle s'appuie sur les règles de droit non contraignantes émanant du Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales et sur une affaire jugée par une autre juridiction internationale, qu'elle prend pour fondement juridique non seulement du principe de l'indépendance de la justice *in abstracto*, mais aussi de l'appréciation *in concreto* de l'existence d'un droit civil individuel pour le requérant à l'inamovibilité et à l'accès à un tribunal aux fins de la protection de ce droit dans le cadre juridique hongrois au 1er janvier 2012.

**7.** Confortée par les règles de droit international susmentionnées, la Cour dit de manière très novatrice, au paragraphe 118, que la nouvelle

<sup>2</sup>. 25 novembre 1993, Série A n° 279-B. Voir le paragraphe 107 de l'arrêt.

disposition constitutionnelle ayant une incidence sur l'inamovibilité d'un juge donné et excluant celui-ci de l'accès à un tribunal n'a pas supprimé le droit civil individuel de l'intéressé, protégé par une loi de niveau infra-constitutionnel avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi constitutionnelle en cause, à ne pas être renvoyé arbitrairement. Il est vrai qu'elle conclut que l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale est contraire non seulement à la loi ordinaire telle qu'en vigueur au 31 décembre 2011 mais aussi à la garantie de l'indépendance de la justice, y compris la garantie d'inamovibilité des juges, consacrée à l'article 48 § 3 de la Constitution de 1949, auquel elle se réfère expressément au paragraphe 108 de l'arrêt. Cette même garantie d'indépendance judiciaire figure aussi à l'article 26 § 1 de la nouvelle Loi fondamentale de 2011, ce qui fait de la disposition transitoire litigieuse un exemple remarquable de « disposition constitutionnelle inconstitutionnelle » (*verfassungswidrigen Verfassungsnorm*)<sup>3</sup>.

**8.** La question n'est pas nouvelle en Hongrie<sup>4</sup>. Un débat sur le statut constitutionnel des dispositions transitoires de la Loi fondamentale a eu lieu après que le Médiateur hongrois avait prié la Cour constitutionnelle de déclarer les dispositions transitoires inconstitutionnelles dans leur intégralité ou, à titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnelles certaines de ces dispositions car, selon lui, elles ne renfermaient pas de mesures transitoires. La première modification (du 18 juin 2012) de la Loi fondamentale a précisé que les dispositions transitoires faisaient partie de la Loi fondamentale afin de les soustraire au contrôle de la Cour constitutionnelle. Le 29 décembre 2012, dans sa décision no 45/2012, celle-ci a déclaré nulles et non avenues certaines des dispositions au motif qu'elles ne répondaient pas à l'obligation de transitionnalité<sup>5</sup>. Après avoir reconnu que « le constituant ne peut incorporer dans la Loi fondamentale

<sup>3</sup>. Ce cas a été étudié dans la doctrine constitutionnelle (par exemple, pour l'Allemagne, dans l'ouvrage fondateur d'Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1951, et par Gottfried Dietze dans « Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany », *Virginia Law Review*, Vol. 42, n° 1 (janvier 1956), pp. 1-22 ; voir aussi, pour une vue extra-européenne, Aharon Barak, « Unconstitutional Constitutional Amendments », *Israel Law Review*, Vol. 44 (2011), pp. 321-341, et Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, London School of Economics and Political Science, 2014).

<sup>4</sup>. Pour une description détaillée de ce débat, voir « Keeping the guardian under control: The case of Hungary », rapport de Krisztina Kovács, 25 juillet 2013, CDL-JU(2013)006, Gábor Halmi, « Unconstitutional Constitutional Amendments. Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? », *Constellations*, 2 (2012), pp. 182-203, ainsi que la très intéressante recherche « Analysis of the Performance of Hungary's "one-party elected" Constitutional Court Judges between 2011 and 2014 », Institut Eötvös Károly, Union hongroise pour les libertés civiles et Comité Helsinki hongrois, 2014, disponible en ligne. Voir aussi, sur la question plus spécifique de la compatibilité des nouvelles dispositions constitutionnelles avec les principes constitutionnels de l'état de droit et l'indépendance de la justice en Hongrie, les documents CDL-AD(2011)016-f, « Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie adopté par la Commission de Venise lors de sa 87<sup>e</sup> session plénière » (Venise, 17-18 juin 2011), § 140, CDL-AD(2013)012, « Opinion 720/2013 of the Venice Commission on the Fourth Amendment of the Fundamental Law of Hungary », Strasbourg, 17 juin 2013, § 115, CDL-AD(2012)001(corr)-f, « Avis sur la loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux de la Hongrie adopté par la Commission de Venise lors de sa 90<sup>e</sup> session plénière » (Venise, 16-17 mars 2012), § 118, et CDL-AD(2012)020, « Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary », adopté par la Commission de Venise lors de sa 92<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 octobre 2012), § 88.

<sup>5</sup>. Décision n° 45/2012. (XII. 29.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie (point IV.7), ABK janvier 2013, 2, 29), et décision n° 166/2011. (XII. 20.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, ABH 2011, 545.

que des sujets d'importance constitutionnelle relevant de la portée normative subjective de la Loi fondamentale », les juges constitutionnels hongrois ont ajouté que « [l]es critères constitutionnels d'un État de droit démocratique sont aussi les valeurs, les principes et les libertés démocratiques fondamentales de nature constitutionnelle qui sont consacrés par les traités internationaux, admis et reconnus par les communautés d'États de droit démocratiques, ainsi que le *jus cogens*, qui recouvre en partie les normes précitées. Le cas échéant, la Cour constitutionnelle peut même examiner la libre exécution et la constitutionnalisation des obligations, garanties et valeurs substantielles des États de droit démocratiques. » Ainsi, bien que la Loi fondamentale ne renferme pas de « clause d'éternité » expresse et non modifiable<sup>6</sup>, la Cour constitutionnelle a considéré qu'il y avait dans ce texte une hiérarchie interne au regard de laquelle il y aurait lieu de résoudre tout conflit potentiel entre ses différentes dispositions.

**9.** Cependant, la Cour constitutionnelle s'est gardée de procéder à un contrôle substantiel des dispositions transitoires. Cette retenue de sa part n'est guère compatible avec la « continuité constitutionnelle » entre la Constitution de 1949 et la Loi fondamentale de 2011, qui partagent notamment les mêmes principes fondamentaux de l'état de droit et les mêmes principes d'indépendance de la justice et d'inamovibilité des juges<sup>7</sup>. Cette continuité est ancrée dans la rhétorique historique de la Loi fondamentale elle-même, dans les nombreuses références faites dans le préambule du texte à la « constitution historique », et, plus clairement encore, à l'article R.3, qui énonce que « la Loi fondamentale doit être interprétée en accord avec (...) les avancées apportées par notre constitution historique ».

**10.** La meilleure preuve de la « continuité constitutionnelle » des principes de l'état de droit et des principes de l'indépendance de la justice et de l'inamovibilité des juges est la divergence de vues entre les juges majoritaires et les juges minoritaires de la Cour constitutionnelle lorsque celle-ci a rendu sa décision no 3076/2013 sur le recours constitutionnel introduit par le vice-président de la Cour suprême, dont le mandat avait commencé avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale<sup>8</sup>. On notera que les principaux arguments de l'importante minorité de sept juges concernaient les garanties que constituent la séparation des pouvoirs, la prohibition des textes de loi rétroactifs, le principe de l'état de droit et le

<sup>6</sup>. Telle que l'article 112 de la Constitution norvégienne de 1814, l'article 139 de la Constitution italienne de 1947, l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale allemande de 1949, l'article 89 de la Constitution française de 1958, l'article 288 de la Constitution portugaise de 1976, ou l'article 4 de la Constitution turque de 1982.

<sup>7</sup>. Voir la décision n° 22/2012. (V. 11.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, ABK juin 2012, 94, 97 : « Dans les nouvelles affaires, la Cour constitutionnelle peut employer des arguments figurant dans ses précédents antérieurs à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale relativement à la question constitutionnelle sur laquelle elle statue dans sa décision, sous réserve que cela soit possible au regard des dispositions concrètes et des règles d'interprétation de la Loi fondamentale, de teneur identique ou analogue à celle des dispositions de l'ancienne Constitution (...) Les conclusions de la Cour constitutionnelle relatives aux valeurs fondamentales, aux droits et libertés fondamentaux et aux institutions constitutionnelles auxquels la Loi fondamentale n'apporte pas de changement demeurent valables. »

<sup>8</sup>. Voir le paragraphe 55 du présent arrêt.

droit à un recours<sup>9</sup>. Compte tenu de la « continuité constitutionnelle » susmentionnée, il ne fait pas de doute qu'il s'agit de principes pérennes de l'ordre constitutionnel hongrois, valables avant et après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, principes qui ont été directement remis en question par l'article 11 § 2 susmentionné des dispositions transitoires.

**11.** De plus, en vertu de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle hongroise à l'époque des faits, la désinvestiture prématurée ex lege de dirigeants d'autorités publiques n'était constitutionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas de modification structurelle de l'institution correspondante<sup>10</sup>. La Cour constitutionnelle a aussi souligné la différence entre les agents de l'État expressément mentionnés dans la Constitution, tels que le président de la Cour suprême, et les responsables dirigeant des organes de l'État subordonnés au Gouvernement. Elle considère que les premiers ont droit au plus haut niveau de protection car « le fait que leur mandat couvre plusieurs cycles électoraux est une garantie du bon fonctionnement d'un État de droit démocratique »<sup>11</sup>. Elle a par exemple conclu que l'introduction d'une nouvelle cause de cessation avant terme du mandat du dirigeant d'un organe public ayant un rôle constitutionnel protégé emportait violation de la prohibition des lois rétroactives et du principe de l'état de droit<sup>12</sup>.

**12.** Le pouvoir constituant hongrois – le Parlement hongrois à la majorité des deux tiers – a décidé de clore le débat constitutionnel qui était en cours en adoptant l'article 12 § 3 de la quatrième modification de la Loi fondamentale, relative à l'article 24 § 5 du texte et libellée ainsi : « La Cour constitutionnelle ne peut faire porter son contrôle de la Loi fondamentale et des modifications qui y sont apportées que sur la conformité avec les obligations procédurales qui y sont énoncées quant à son adoption et à sa promulgation ». De plus, l'article 19 de la quatrième modification introduit le point 5 des dispositions finales et diverses, en vertu duquel « les décisions de la Cour constitutionnelle antérieures à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sont annulées. La présente disposition est sans préjudice de l'effet juridique produit par ces décisions ». L'objectif avoué était d'empêcher la Cour constitutionnelle de contrôler quant au fond le caractère constitutionnel des dispositions adoptées et de s'appuyer sur les décisions qu'elle avait rendues depuis sa création en 1990 jusqu'à l'introduction de la Loi fondamentale le 1er janvier 2012, ce qui pose évidemment, entre autres, de graves problèmes au regard des

<sup>9</sup>. Voir le paragraphe 56 du présent arrêt.

<sup>10</sup>. Voir les décisions concernant l'Autorité hongroise de contrôle des affaires financières (n° 7/2004. (III.24.) AB), l'Autorité hongroise de l'énergie (n° 5/2007. (II.27.) AB) et l'Autorité hongroise de la concurrence (n° 183/2010. (X.28.) AB). Par exemple, dans sa décision n° 5/2007, la Cour constitutionnelle a noté qu'il n'y avait pas eu de réorganisation de l'Autorité, dont seule la compétence avait changé, et que les postes de président et de vice-président de cette institution n'avaient pas été supprimés.

<sup>11</sup>. Décision n° 7/2004. (III.24.) AB, précitée.

<sup>12</sup>. Décision n° 183/2010. (X.28.) AB, précitée.

principes de l'état de droit et de la sécurité juridique<sup>13</sup>. Appelée à examiner cette modification, la Cour constitutionnelle a considéré, dans sa décision no 12/2013, qu'elle serait compétente pour analyser les nouvelles dispositions incorporées par la quatrième modification une fois que les détails seraient énoncés dans des lois, afin de veiller à ce que l'ensemble « forme avec les engagements pris au niveau international et au niveau de l'Union européenne un système exempt d'incohérences »<sup>14</sup>. De plus, elle s'est déjà appuyée, après l'entrée en vigueur de la quatrième modification, sur sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale.

**13.** En bref, le débat sur l'inconstitutionnalité de certaines dispositions constitutionnelles n'est pas clos en Hongrie<sup>15</sup>. En toute hypothèse, indépendamment de la compétence de la Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité substantielle de dispositions constitutionnelles, l'article 11 § 2 des dispositions transitoires est par essence une disposition constitutionnelle inconstitutionnelle, à la lumière de la « constitution historique » hongroise et de la « continuité constitutionnelle » des principes de l'indépendance de la justice et de l'inamovibilité des juges tant dans la nouvelle Loi fondamentale que dans l'ancienne Constitution. Le 1er janvier 2012, le requérant avait toujours un droit civil individuel à ne pas être démis de ses fonctions de président de la Cour suprême pendant son mandat, à moins d'être légitimement licencié, auquel cas il aurait toujours eu le droit de porter sa cause devant le tribunal de la fonction publique, ces deux droits étant protégés par le droit interne tel qu'interprété et complété par les normes pertinentes du droit international, qui étaient pour l'essentiel des règles non contraignantes.

---

<sup>13</sup>. Voir la critique de ces modifications faite dans l'avis n° 720/2013 de la Commission de Venise (précité, §§ 88-108). La position du gouvernement hongrois s'appuyait sur l'avis juridique d'un universitaire allemand, qui plaidait pour une place de même rang de toutes les dispositions constitutionnelles dans l'ordre constitutionnel hongrois, et considérait donc que des normes constitutionnelles ne pouvaient pas être inconstitutionnelles et que la Cour constitutionnelle n'était pas compétente pour contrôler la constitutionnalité substantielle de dispositions de nature constitutionnelle, à moins qu'une modification constitutionnelle ne soit susceptible de mettre en danger le principe de la « protection de la dignité humaine » –*Grundsatz vom Schutz der Menschenwürde* (Rechtsgutachten zur Verfassungs- und Europarechtskonformität der Vierten Verfassungsnovelle zum ungarischen Grundgesetz vom 11./25. März 2013, Prof. Rupert Scholz, Berlin, 18 avril 2013).

<sup>14</sup>. Décision n° 12/2013 (V.24) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie.

<sup>15</sup>. Voir le rapport de Krisztina Kovács, précité, renvoyant à l'exemple de la Cour suprême indienne.



## Une loi *Ad Hominem*

**14.** De l'avis de la Commission de Venise, auquel la Cour souscrit au paragraphe 117 de l'arrêt, le texte litigieux était « dirigé contre une personne en particulier » et, dès lors, « contraire à l'état de droit ». En d'autres termes, il s'agissait d'un texte conçu pour parvenir à un résultat donné désavantageant un individu précis (*adhominem*, *konkret-individuellen Massnahmegesetz*), assuré par une camisole de force constitutionnelle destinée à éviter toute possibilité de contrôle juridictionnel. À juste titre, la Cour se montre ici moins tolérante qu'elle ne l'a été par le passé à l'égard des « lois spéciales établissant des conditions particulières applicables à une ou plusieurs personnes nommément désignées ». Elle ne cite que partiellement l'arrêt *Vistiņš et Perepjolkins*<sup>16</sup>, et souscrit à la position limpide prise par la Commission de Venise contre ce type de législation.

**15.** En ce qui concerne l'application de l'article 6 de la Convention, la Cour précise que pour que la première condition du critère *Vilho Eskelinen* soit remplie, l'exclusion doit viser de manière générale et abstraite un poste ou une catégorie de personnel ou les mesures les concernant, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Les dispositions litigieuses du droit interne n'ont donc pas « exclu expressément » l'accès du requérant à un tribunal, tout simplement parce qu'elles n'avaient pas les caractéristiques minimales que doit revêtir une « loi » dans un État de droit pour répondre aux exigences de « qualité de la loi » au regard de la Convention. En conséquence, la première condition du critère *Vilho Eskelinen* n'est pas remplie, de sorte que l'article 6 § 1 de la Convention trouve à s'appliquer. On ne peut s'empêcher ici de se rappeler les mots de Radbruch, dans sa Cinquième minute de philosophie du droit : « *Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist* » (il y a donc des principes du droit qui sont plus forts que tous les statuts juridiques, de sorte qu'une loi allant à l'encontre de ces principes n'a aucune validité)<sup>17</sup>.

**16.** Étant parvenue à cette conclusion, la Cour ne peut qu'adopter une position ferme face à l'illégitimité du but de l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale combiné avec l'article 185 de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux, ce qu'elle fait au paragraphe 156 de l'arrêt. Elle juge que l'illégitimité du but de ces dispositions est flagrante et qu'il s'agissait, dès le début de la procédure législative, de sacrifier le requérant sur l'autel de la politique gouvernementale en matière de justice. En d'autres termes, elle voit une corrélation étroite entre, d'une part, la piètre « qualité de la loi » en

<sup>16.</sup> *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], n° 71243/01, 25 octobre 2012.

<sup>17.</sup> Gustave Radbruch, « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 septembre 1945, et, en anglais, « Five Minutes of Legal Philosophy » (1945), *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, pp. 13-15.

termes de standards applicables au regard de l'état de droit et, d'autre part, les buts ad hominem visés par le nouveau texte.

### **L'effet direct, supra-constitutionnel, de la Convention**

**17.** Le recours direct aux normes du droit international relatives à l'indépendance de la justice, y compris les sources de droit non contraignantes, que fait la Cour pour apprécier la situation du requérant est absolument remarquable, et louable. L'inamovibilité des juges et la garantie de leurs conditions de service sont des éléments absolument nécessaires au maintien de l'indépendance de la justice, selon toutes les normes juridiques internationales, y compris celles du Conseil de l'Europe. Dans sa propre jurisprudence relative à l'article 6, la Cour a dit que l'inamovibilité des magistrats bénéficiait à tous les justiciables auxquels l'article 6 garantit le droit à un « tribunal indépendant »<sup>18</sup>. Rien n'indique dans ces normes que le principe de l'inamovibilité des juges ne doive pas s'appliquer au mandat des présidents de juridiction, indépendamment du fait qu'ils exercent ou non, en plus de leurs fonctions judiciaires, des fonctions administratives ou managériales.

**18.** Comme la Cour constitutionnelle hongroise l'a dit elle-même dans sa décision no 45/2012, qui est d'une importance cruciale, les valeurs communes des États de droit européens sont inscrites dans les traités internationaux, y compris et avant tout la Convention<sup>19</sup>. En l'espèce, la disposition transitoire en cause met en péril de manière flagrante l'une de ces valeurs communes, celle de l'indépendance de la justice.

**19.** L'approche dualiste de la Hongrie quant à la relation entre son droit interne et le droit international<sup>20</sup> ne joue absolument aucun rôle dans le raisonnement de la Cour, ce qui démontre une fois encore que, du point de vue de Strasbourg, la distinction classique entre systèmes monistes et systèmes dualistes est totalement obsolète<sup>21</sup>. De même, la Cour n'accorde

---

<sup>18</sup>. Voir par exemple *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, nos 7819/77 et 7878/77, 28 juin 1984, § 80, *Cooper c. Royaume-Uni*, n° 48843/99, 16 décembre 2003, § 118, et *Fruni c. Slovaquie*, n° 8014/07, § 145, 21 juin 2011.

<sup>19</sup>. Décision n° 45/2012, précitée. Voir aussi la décision n° 166/2011. (XII. 20.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, ABH 2011, 545. Par exemple, le Conseil d'État français reconnaît un droit individuel du juge à l'inamovibilité depuis l'arrêt qu'il a rendu le 27 mai 1949 dans l'affaire Véron-Réville (*Gazette du Palais*, 10 juin 1949, pp. 34-36).

<sup>20</sup>. Sur le caractère dualiste du système hongrois, voir le « rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans la législation nationale et sur le rôle des juridictions » adopté par la Commission de Venise à sa 100<sup>e</sup> session plénière (Rome, 10-11 octobre 2014), CDL-AD(2014)036-f, § 22, ainsi que Nóra Chronowski et Erzsébet Csatlós, « Judicial Dialogue or National Monologue? The International Law and Hungarian Courts », *ELTE Law Journal*, 2013-1, pp. 7-29 ; Nóra Chronowski, Tímea Drinóczi et Ildikó Ernszt, « Hungary », in Dinah Shelton (éd.), *International Law and Domestic Legal Systems, Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford, OUP, 2011, pp. 259-287 ; et Anneli Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 82-87. Par ailleurs, les « règles de droit international généralement reconnues » s'appliquent directement dans l'ordre juridique hongrois, en vertu de l'article Q (3) de la Loi fondamentale. Selon la Cour constitutionnelle, l'expression « règles de droit international généralement reconnues » employée tant dans la Constitution de 1949 que dans la Loi fondamentale de 2011 recouvre les normes universelles du droit international coutumier, les normes impératives (*jus cogens*) et les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées (voir la décision de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie n° 30/1998. (VI. 25.) AB, ABH 1998, 220).

<sup>21</sup>. Ainsi, du point de vue du droit européen des droits de l'homme, la distinction entre pays monistes et pays dualistes est un « faux problème ». Voir l'excellent article d'Andrew Drzemczewski, « Les faux débats entre

aucune importance à la classification des principes de l'indépendance de la justice, de l'inamovibilité des juges et de l'accès à un tribunal aux fins de la protection de cette inamovibilité en vertu du droit international coutumier ou même du *jus cogens*. Il lui suffit de rappeler l'existence de ces principes dans le droit international général et les normes issues du Conseil de l'Europe, en particulier la Convention. Elle ne va pas jusqu'à dire expressément que ces principes sont des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, mais elle l'admet implicitement.

**20.** À cet égard, elle rejette la thèse du Gouvernement selon laquelle « en vertu de l'article 6, ce n'est pas le requérant qui a le droit d'être un juge indépendant, ce sont les citoyens hongrois et tous ceux qui relèvent de la juridiction du pays qui ont le droit à des juges indépendants »<sup>22</sup>. Le Gouvernement estimait qu'il ressort clairement du libellé de l'article 6 que les titulaires des droits garantis par cette disposition sont les parties aux procédures judiciaires et non les juges qui traitent leurs affaires. Il considérait donc que les juges n'avaient pas de droit individuel à l'indépendance en vertu de cette disposition et que, dès lors, le requérant n'avait pas la qualité de victime. La Cour ne souscrit pas à cette thèse. Elle donne à la garantie d'indépendance de la justice posée à l'article 6 de la Convention et au droit connexe d'accès à un tribunal aux fins de la protection de cette indépendance un effet direct dans l'ordre juridique interne. Elle considère que le requérant avait non seulement un grief défendable, mais encore un droit civil individuel opposable en vertu du droit interne lu à travers le prisme de la Convention et d'autres instruments internationaux très pertinents, notamment ceux du Conseil de l'Europe. De plus, en disant que ce droit prévalait sur la disposition constitutionnelle transitoire contraire qui entravait l'accès du requérant à un tribunal, elle reconnaît un effet direct et supra-constitutionnel à la garantie d'indépendance de la justice énoncée dans la Convention et du droit connexe d'accès à un tribunal aux fins de la protection de cette indépendance.

**21.** Face à l'atteinte clairement portée au cœur même d'une garantie et d'un droit protégés par l'article 6 de la Convention, la Cour ne peut pas fermer les yeux. Elle doit impérativement affirmer, à titre de principe, sa compétence de contrôle juridictionnel de la législation interne, y compris les textes constitutionnels, aux fins de la protection effective et non illusoire des droits de l'homme en Europe. Même si le requérant n'a pas été démis de ses fonctions de magistrat et a pu demeurer juge à la Cour suprême, sa désinvestiture de la fonction de président de cette juridiction a eu un effet qui était de nature, premièrement, à dissuader les autres

---

monisme et dualisme – droit international et droit français : l'exemple du contentieux des droits de l'homme », *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional*, Ano 51, n°s 113/118 (jan./déc. 1998), p. 100. Andrew Drzemczewski fait le constat lumineux suivant : « Lorsque le Comité des Ministres (...) supervise l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne prend jamais en compte le caractère soit moniste soit dualiste de l'État, ni le fait que celui-ci ait ou non incorporé les dispositions de la Convention européenne dans son droit interne » (soulignement de l'auteur).

<sup>22</sup>. Cette thèse a été exprimée devant la Grande Chambre.

juges d'exprimer des opinions professionnelles et, deuxièmement, à porter atteinte à l'indépendance de la justice et à l'état de droit en Hongrie. Dans ce contexte politique et social, la Cour perçoit un risque grave que tous les droits et libertés garantis par la Convention soient menacés en Hongrie, se trouvant placés entre les mains des majorités politiques successives, qui pourraient manipuler les plus hauts membres de la magistrature comme des pions dans un jeu d'échec<sup>23</sup>. Elle rejette donc purement et simplement l'argument du Gouvernement consistant à dire que la désinvestiture du requérant devait dépendre de considérations politiques car ses fonctions étaient de nature plus administrative ou « gouvernementale » que judiciaire et ses opinions étaient plus politiques que professionnelles, de même que l'argument selon lequel les modifications organisationnelles et fonctionnelles du système d'administration des tribunaux ainsi que des compétences de la Kúria et les nouveaux critères d'éligibilité à la présidence de celle-ci étaient justifiés par la nécessité de renforcer l'indépendance de la justice. Elle aurait dû rejeter également l'argument selon lequel les années passées en tant que juge dans une juridiction internationale ne pouvaient être considérées comme équivalentes aux années passées dans la magistrature nationale du point de vue de l'indépendance, réelle ou perçue, de la justice<sup>24</sup>. Au-delà d'un grossier manque de respect pour les juges de la Cour, cet « argument » du Gouvernement constitue une remise en question de l'indépendance de la Cour elle-même.

**22.** Ayant pleinement affirmé sa compétence constitutionnelle, la Cour examine de manière approfondie le fond des dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles dénoncées par le requérant<sup>25</sup> ainsi que la procédure qui y a abouti<sup>26</sup>, et leur compatibilité avec la Convention et avec les normes internationales susmentionnées. Même s'il y a lieu de souscrire pleinement à son appréciation soigneuse de ces deux aspects, un détail reste à souligner : la cessation litigieuse a été décidée avec une extrême rapidité, par un amendement de dernière minute au projet de loi déposé sous la forme d'un « amendement avant vote de clôture » par des parlementaires qui ont ainsi contourné les obligations de consultation habituelles et la tenue d'un réel débat parlementaire. Compte tenu de cela, ce processus législatif peut être considéré comme « une tentative de se débarrasser d'une personne en particulier qui serait candidate à la présidence », comme l'a conclu la Commission de Venise<sup>27</sup>.

## **La Cour en tant que Cour constitutionnelle européenne**

<sup>23</sup>. Pour reprendre la formule employée par le Procureur général Dupin pendant la Monarchie de juillet, « *un juge qui craint pour sa place ne rend plus la justice* » (cité dans Marcel Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Vol. 2, Plon, Paris, p. 174).

<sup>24</sup>. Cet argument a été avancé devant la Grande Chambre.

<sup>25</sup>. Voir le paragraphe 150 de l'arrêt.

<sup>26</sup>. Voir le paragraphe 149 de l'arrêt.

<sup>27</sup>. Voir le paragraphe 59 de l'arrêt.

**23.** Le Conseil de l'Europe constitue un ordre juridique autonome, reposant sur des accords et sur une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif et en ce qui concerne la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>28</sup>. L'ordre juridique de cette organisation internationale comprend plus de 217 traités, au sommet desquels se trouve la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci a un effet direct, supra-constitutionnel, sur les ordres juridiques internes respectifs des États membres du Conseil de l'Europe<sup>29</sup>. Elle est plus qu'un simple accord multilatéral sur des obligations réciproques entre les États parties, elle crée pour ces États des obligations envers tous les individus et toutes les entités privées relevant de leur juridiction. Cela signifie que le droit issu de la Convention a non seulement un effet déclaratif mais encore un effet constitutif dans l'ordre juridique interne. Son rôle transformationnel comme moyen de réalisation d'une union plus étroite entre les États européens et de développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans toute l'Europe étant proclamé avec force dans son préambule, la Convention n'est subordonnée ni aux règles constitutionnelles nationales ni à des règles prétendument supérieures de droit international, elle est la loi suprême du continent européen<sup>30</sup>. En Europe, le droit interne des États membres est subordonné à la primauté de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen<sup>31</sup>.

<sup>28</sup>. Article 1 alinéa b du Statut du Conseil de l'Europe (1949).

<sup>29</sup>. Voir en ce sens, notamment, Greer et Wildhaber, « Revisiting the debate about "constitutionalising" the ECtHR », *Human Rights Law Review* 12:4 (2012), pp. 655-687 ; De Londras, « Dual Functionality and the persistent frailty of the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, issue 1 (2013), pp. 38-46 ; Arnold, « National and supranational constitutionalism in Europe », *New Millennium constitutionalism: paradigms of reality and challenges*, Harutyunyan (éd.), 2013, pp. 121-134 ; Sweet, « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009), pp. 923-944 ; Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Études : le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, Gaudin, *Annuaire de droit européen*, vol. 6 (2008), pp. 89-123 ; Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquet*, Montchrestien (éd.), 2007, pp.1-15 ; Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, pp. 172-173 et 195 ; Wildhaber, « The role of the European Court of Human Rights: an Evaluation », *Mediterranean Journal of Human Rights*, 8 (2004), pp. 9-29 ; Alkema, « The European Convention as a constitution and its court as a constitutional court », *Protection des droits de l'homme, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Paul Mahoney et al., (éds.), Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000, pp. 541-563 ; Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 68-92 ; et Schokkenbroek, « Judicial review by the European Court of Human Rights: constitutionalism at European level », *Judicial control: comparative essays on judicial review*, Bakker et al., Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1995, pp.153-165.

<sup>30</sup>. *Anchugov et Gladkov c. Russie*, nos 11157/04 et 15162/05, § 50, 4 juillet 2013, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, §§ 40, 41 et 54, CEDH 2009, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, § 103, 26 avril 2007, et *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I. Des principes analogues ont été énoncés dans le cadre de l'application de la Convention américaine des droits de l'homme par la Cour interaméricaine des Droits de l'homme, en particulier depuis "*The Last Temptation of Christ*" (*Olmedo-Bustos et al.*) v. *Chile*, *Merits, Reparations, and Costs, Judgment*, 5 février 2001 (voir Mac-Gregor, « The Constitutionalization of International law in Latin America, Conventionality Control, The New doctrine of the Inter-American Court of Human Rights », *AJIL Unbound*, 1<sup>er</sup> novembre 2015, avec la jurisprudence citée).

<sup>31</sup>. *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, n° 15318/89, § 75, 23 mars 1995, série A n° 310. Selon la décision n° 61/2011. (VII. 13.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, ABH 2011, 290, 321, il découle du principe *pacta sunt servanda* que la Cour constitutionnelle doit suivre la jurisprudence de la Cour même si elle ne découle pas de ses propres précédents. On trouve un exemple de cela dans la décision

En l'espèce, la Cour a fait pleinement usage de cet instrument constitutionnel non seulement pour réparer le préjudice causé au requérant, mais aussi pour critiquer le choix politico-constitutionnel que représente l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale combiné avec l'article 185 de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux<sup>32</sup>. Le mémorable paragraphe 118 de l'arrêt, lu à la lumière du paragraphe 110, détermine que l'article 11 § 2 des dispositions transitoires de la Loi fondamentale et l'article 185 de la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des tribunaux étaient sans effet dans l'ordre juridique interne. Ces dispositions étant nulles et non avenues, l'État défendeur est tenu d'agir comme si elles n'avaient jamais été adoptées. Avec cette conclusion, la Cour ne s'aventure pas en eaux troubles, elle ne fait que suivre une règle relative aux lois internes contraires au « bloc de conventionnalité » énoncée il y a longtemps dans l'arrêt *Barrios Altos*<sup>33</sup>.

**24.** Bien que cela n'ait pas été dit expressément, les conséquences du présent arrêt sont très claires au regard de l'article 46 de la Convention : la Hongrie doit le mettre en œuvre de bonne foi et, pour ce faire, annuler tout texte de loi, règlement ou acte administratif hongrois contraire à la Convention telle qu'interprétée par la Cour dans le présent arrêt et, dès lors, replacer le requérant à son poste de président de la Cour suprême pour qu'il termine son mandat interrompu<sup>34</sup>.

## Conclusion

**25.** La Convention constitue aujourd'hui le *jus constitutionale commune* européen. Sur le fondement de cet instrument, le Conseil de l'Europe peut, au besoin, avancer un fort argument constitutionnel européen contre toute prétention constitutionnelle nationale contraire, indépendamment de l'ampleur de la majorité politique qui la soutiendrait<sup>35</sup>. En l'espèce, c'est exactement ce qu'a fait la Cour, à juste titre, pour protéger d'abord et avant tout l'état de droit et l'indépendance institutionnelle et fonctionnelle

---

n° 4/2013. (II. 21.) AB de la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, ABH 2013, 188-211, qui fait suite à l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Vajnai c. Hongrie* (n° 33629/06), relative à l'incrimination de l'utilisation de l'étoile rouge à cinq branches. Les juridictions inférieures ont aussi produit d'excellents exemples de cette attitude, tels que la remarquable décision 5.Pf.20.738/2009/7 rendue par la cour d'appel régionale de Budapest dans l'affaire de la Garde hongroise.

<sup>32</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a toujours souligné aussi bien les aspects personnels et subjectifs que les aspects institutionnels et objectifs de l'indépendance de la justice, établissant un lien étroit entre les aspects institutionnels et objectifs et « les aspects essentiels de l'état de droit et de l'ordre démocratique lui-même (Cour suprême de Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador, CIDH Série C n° 266, § 154, 23 août 2013).

<sup>33</sup>. Affaire *Barrios Altos*, arrêt du 30 novembre 2001, CIDH, série C n° 87, § 44 (2001), suivie, notamment, de l'affaire *Almonacid Arellano et al v. Chile*, del Rosario Gómez Olivares and others (on behalf of Almonacid Arellano) v. Chile, Exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens, CIDH, série C n° 154, § 119 (2006).

<sup>34</sup>. Voir, *mutatis mutandis*, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, n° 21722/11, § 208, 9 janvier 2013.

<sup>35</sup>. Comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a très justement souligné, les violations du droit des droits de l'homme ne peuvent pas être effacées par le vote d'une majorité politique, même si ce vote est démocratique et si la mesure en cause a recueilli une large majorité (*Gelman c. Uruguay*, fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 24 février 2011, CIDH, série C no. 221, paras. 238-239).

de la justice en Hongrie, et ensuite le droit individuel du requérant à ne pas être renvoyé arbitrairement de son poste de président de la Cour suprême. Le gouvernement défendeur n'a pu se cacher ni derrière le principe de subsidiarité ni derrière la doctrine de la marge d'appréciation. En Europe, on ne peut s'abriter derrière le maquis du droit interne, fût-il constitutionnel, pour se soustraire aux obligations en matière de respect des droits de l'homme qui découlent des engagements internationaux que l'on a pris. Il reste à espérer que cette protection très exigeante des droits de l'homme sera appliquée de la même manière à tous les États parties à la Convention.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE SICILIANOS

**1.** Je partage tant la conclusion que le raisonnement du présent arrêt. Cependant, étant donné l'importance plus générale de l'affaire du point de vue de l'indépendance du pouvoir judiciaire, je me permets d'ajouter les réflexions qui suivent concernant plus particulièrement la portée de ce principe au regard de l'article 6 § 1 de la Convention.

L'indépendance du pouvoir judiciaire dans la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 6 § 1 de la Convention : le droit du justiciable à un juge indépendant

**2.** On sait que depuis plus de trente ans la Cour a insisté à maintes reprises sur l'indépendance du juge à l'égard des parties et du pouvoir exécutif. Selon la formule, devenue classique, de l'arrêt *Campbell et Fell* : « [p]our déterminer si un organe peut passer pour indépendant – notamment à l'égard de l'exécutif et des parties (voir, entre autres, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, § 55, série A no 43) –, la Cour a eu égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres (*ibidem*, § 57), à l'existence de garanties contre des pressions extérieures (*Piersack*, 1er octobre 1982, § 27, série A no 53) et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (*Delcourt*, 17 janvier 1970, § 31, série A no 11) » (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, § 78, série A no 80). Et la Cour d'ajouter à cet égard qu'il y va « de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables » (*Clarke c. Royaume-Uni* (déc.), no 23695/02, CEDH 2005-X).

**3.** Dans le même ordre d'idées, la Cour a souligné également la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif. C'est ainsi que dans l'arrêt *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* elle a observé en termes généraux que « [l]e principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige » (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 49, série A no 301-B). Fréquemment réitérée depuis lors (voir à titre d'exemple, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 112, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], no 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII, *Scordino c. Italie* (no 1) [GC], no 36813/97, § 126, CEDH 2006-V, et *Tarbuk c. Croatie*, no 31360/10, § 49, 11 décembre 2012), la formule en question traduit l'idée de la séparation des pouvoirs.

**4.** Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire ne concerne pas seulement les relations de celui-ci avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il a trait également à l'indépendance des juges au sein du



système d'administration de la justice lui-même. Les juges doivent à titre individuel être libres non seulement de toute influence provenant de l'extérieur, mais aussi de toute influence provenant de l'intérieur. Cette « indépendance judiciaire interne » implique que les juges ne reçoivent aucune directive ou pression de la part de leurs collègues ou de ceux qui ont des responsabilités administratives dans une cour, tels le président de la cour ou le président d'une section de la cour (*Parlov-Tkalčić c. Croatie*, no 24810/06, § 86, 22 décembre 2009, *Agrokompleks c. Ukraine*, no 23465/03, § 137, 6 octobre 2011, voir aussi *Moïsseïev c. Russie*, no 62936/00, § 182, 9 octobre 2008). L'absence de garanties suffisantes assurant l'indépendance des juges au sein du pouvoir judiciaire et notamment vis-à-vis de leurs supérieurs dans la hiérarchie judiciaire pourrait amener la Cour à conclure que les doutes d'un requérant quant à l'indépendance et l'impartialité d'un tribunal peuvent passer pour objectivement justifiés (*Parlov-Tkalčić*, précité, § 86, *Agrokompleks*, précité, § 137, *Moïsseïev*, précité, § 184, et *Daktaras c. Lituanie*, no 42095/98, §§ 36 et 38, CEDH 2000-X).

**5.** Il apparaît ainsi que la jurisprudence de la Cour a abordé plusieurs facettes du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire : l'indépendance vis-à-vis des parties, l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, et l'indépendance judiciaire interne. Cependant, tous ces aspects de l'indépendance du juge ont été envisagés sous l'angle du droit de « [t]oute personne (...) à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...) ». Autrement dit, la lettre de l'article 6 § 1 de la Convention a amené la Cour à analyser la question de l'indépendance du juge sous l'angle des *droits des justiciables* et non pas sous celui du *droit subjectif du juge* à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'État.

**6.** La présente affaire se prêtait *a priori* à ce que ce dernier aspect soit abordé. Cependant, pour ce qui est de l'article 6, le requérant s'est limité à invoquer l'aspect plus traditionnel du droit à un procès équitable, à savoir le droit d'accès à un tribunal. Dans ces conditions, la Cour a, à juste titre, limité son examen au droit invoqué. Toutefois, le principe de l'indépendance du juge est omniprésent dans l'arrêt. Dans la partie « En fait », la Cour cite de nombreux textes internationaux, universels et régionaux, y compris des exemples jurisprudentiels relatifs à l'indépendance judiciaire et au principe connexe de l'inamovibilité des juges (§§ 72-87). Dans la partie « En droit », ces principes sont abordés *in extenso* sous l'angle du droit à la liberté d'expression du requérant.

### **Les textes internationaux non contraignants : l'indépendance judiciaire englobe le droit subjectif du juge à l'indépendance**

**7.** Parmi les textes non contraignants cités dans l'arrêt, plusieurs mettent l'accent sur le droit subjectif du juge à son indépendance. C'est ainsi que,

après avoir énoncé que « [l']indépendance et l'impartialité du juge sont des conditions préalables indispensables au fonctionnement de la justice », la Magna Carta des juges (principes fondamentaux) adoptée par la CCJE en novembre 2010 ajoute que « [l']indépendance du juge doit être statutaire, fonctionnelle et financière. Par rapport aux autres pouvoirs de l'État, elle doit être garantie aux justiciables, *aux autres juges* et à la société en général par des règles internes au niveau le plus élevé (...) » (texte cité au paragraphe 81 de l'arrêt, italiques ajoutées). Dans le même ordre d'idées, la Commission de Venise a estimé qu'« il est dans l'intérêt du maintien de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la bonne administration de la justice de protéger les magistrats contre les révocations arbitraires et les ingérences dans l'exercice de leurs fonctions » (avis cité au paragraphe 82 de l'arrêt ; voir aussi le paragraphe 97 de l'avis conjoint de la Commission de Venise et de la direction des droits de l'homme (DHR) de la direction générale des droits de l'homme et de l'état de droit (DGI) du Conseil de l'Europe, cité au paragraphe 83 de l'arrêt).

### **Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine des droits de l'homme : des termes quasiment identiques à ceux de la Convention européenne**

8. Au-delà de ces textes et avis à caractère non contraignant, l'interprétation d'instruments conventionnels contenant une formule similaire, voire identique, à celle de l'article 6 de la Convention quant au droit à un « tribunal indépendant » est plus importante encore. On constate, en effet, que l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, « PIDCP ») stipule que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi (...) ». L'article 8 § 1 de la Convention américaine des droits de l'homme contient, lui aussi, une disposition similaire : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues (...) par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi (...) ». En d'autres termes, à l'instar de celui de la Convention, le libellé de ces deux instruments contraignants aborde la question de l'indépendance du juge sous l'angle des droits des justiciables et non pas dans l'optique d'un droit subjectif du juge à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'État (y compris au sein du pouvoir judiciaire).

### **La jurisprudence du Comité des droits de l'homme : la mise en exergue du droit du juge à l'indépendance**

9. Il n'empêche que, malgré la formulation précitée de l'article 14 § 1 du PIDCP, le Comité des droits de l'homme s'est placé à diverses reprises sur le terrain des droits des juges eux-mêmes et des obligations de l'État à leur égard quant aux garanties liées à leur indépendance. On mentionnera ainsi, tout d'abord, l'Observation générale no 32 sur l'article 14 du Pacte

(droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable). En effet, cette Observation générale insiste sur les différents aspects de la garantie d'indépendance du point de vue des juges eux-mêmes (nomination, qualifications, inamovibilité, rémunération, avancement, mutations, suspensions, révocation, mesures disciplinaires, etc.), et sur les mesures que doivent prendre les États pour assurer l'indépendance effective et la protection des juges à l'égard « de toute forme d'ingérence politique dans leurs décisions », ainsi que contre les conflits d'intérêts et les actes d'intimidation (voir les passages cités au paragraphe 73 de l'arrêt).

**10.** Cette Observation générale codifie, en quelque sorte, la pratique du Comité, y compris en matière de « communications individuelles » au titre du droit à un procès équitable. On constate ainsi que le Comité a été saisi à diverses reprises par des juges eux-mêmes, qui se plaignaient notamment d'avoir été révoqués (ou qu'il ait été mis fin à leurs fonctions de manière prématurée) sans que les procédures et les garanties prévues en la matière ne soient respectées. Il a alors considéré que « ces révocations constitu[ai]ent une atteinte à l'indépendance du [pouvoir] judiciaire protégée par l'article 14 § 1 du Pacte » (*Mundyo Busyo et autres c. la République démocratique du Congo*, communication no 933/2000, 19 septembre 2003, passage cité au paragraphe 75 du présent arrêt). Il est vrai que dans cette affaire, comme dans d'autres, il a abordé ce type de plainte sous l'angle de la combinaison de l'article 14 § 1 du Pacte avec l'article 25 c), qui reconnaît le droit de tout citoyen d'accéder, « dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ». Il est vrai également que le droit d'accès aux fonctions publiques n'est pas protégé expressément en tant que tel par la Convention<sup>1</sup>. Toutefois, ainsi qu'il résulte de la formulation précitée de l'affaire *Mundyo Busyo*, le Comité a en pareil cas examiné la révocation litigieuse non seulement sous l'angle de l'article 14 § 1 du Pacte combiné avec l'article 25 c), mais aussi du point de vue de l'indépendance du pouvoir judiciaire telle que protégée par l'article 14 à titre autonome. Cette manière de voir est corroborée par l'affaire *Bandaranayake c. Sri Lanka* (communication no 1376/2005, 24 juillet 2008), où le Comité a considéré notamment que « la procédure qui a[vait] abouti à la révocation de l'auteur n'a[vait] pas respecté les conditions d'équité élémentaire et n'a[vait] pas été de nature à permettre que l'auteur bénéficie des garanties nécessaires auxquelles il avait droit en sa qualité de juge, ce qui a[vait] représenté une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire » (passage cité au paragraphe 76 du présent arrêt).

<sup>1</sup>. On sait, en effet, que malgré son enrichissement par la voie jurisprudentielle, l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention a une portée plus limitée que celle de l'article 25 du PIDCP.

## **La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : du droit à un juge indépendant au droit du juge à l'indépendance**

11. Des observations analogues valent *mutatis mutandis* pour la jurisprudence récente de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le même sujet, citée aux paragraphes 84 et 85 du présent arrêt. Il importe de noter à cet égard que dans son arrêt *Cour suprême de Justice (Quintana Coello et autres) c. Équateur* du 23 août 2013, relatif à la destitution, par voie de résolution parlementaire, de 27 juges de la Cour suprême de justice de l'Équateur, la Cour interaméricaine a fait évoluer sa jurisprudence antérieure concernant le droit à un juge indépendant, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention américaine en termes quasiment identiques, on l'a vu, à ceux de l'article 6 § 1 de la Convention. Le passage suivant de l'arrêt en question est particulièrement parlant à cet égard :

« Les éléments qui précèdent permettent de clarifier certains aspects de la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Reverón Trujillo c. Venezuela*, la Cour a conclu que le droit à un juge indépendant consacré par l'article 8 § 1 de la Convention s'analyse seulement en un droit pour le justiciable à être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Il importe toutefois de relever que l'indépendance judiciaire ne doit pas seulement être analysée par rapport au justiciable, car le juge doit de son côté disposer d'un certain nombre de garanties pour que l'indépendance judiciaire soit possible. La Cour juge opportun de préciser que dans le cas d'un juge touché par une décision de l'État qui affecte de manière arbitraire la durée de son mandat, la violation de la garantie de l'indépendance judiciaire, dans la mesure où elle est liée à l'inamovibilité et à la stabilité des juges dans leurs fonctions, doit être examinée à la lumière des droits accordés aux juges par la Convention. En ce sens, la garantie institutionnelle de l'indépendance judiciaire est en lien direct avec le droit pour un juge de se maintenir dans ses fonctions, lequel découle de la garantie d'inamovibilité » (paragraphe 153 de l'arrêt *Cour suprême de Justice (Quintana Coello et autres) c. Équateur*, cité au paragraphe 84 du présent arrêt).

**12.** Cette jurisprudence a été confirmée dans les arrêts *Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Équateur* (28 août 2013) et *López Lone et autres c. Honduras* (5 octobre 2015). Ainsi, pour la Cour interaméricaine, il apparaît désormais établi que l'article 8 § 1 de la Convention américaine reconnaît non seulement le droit du justiciable à un juge indépendant, mais aussi le droit du juge lui-même à ce que son indépendance soit garantie et respectée par l'État.

### **Vers un droit subjectif du juge à l'indépendance protégé par la Convention ?**

**13.** Les éléments qui précèdent amènent à poser la question de savoir si l'article 6 § 1 de la Convention peut être interprété de façon à reconnaître,

à côté du droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue par un tribunal impartial, un droit subjectif du juge lui-même à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'État. Une réponse positive à cette question signifierait que les juges eux-mêmes pourraient invoquer l'article 6, sans avoir nécessairement à prouver qu'une atteinte à leur indépendance a constitué en même temps une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression ou d'un autre droit consacré par la Convention. Autrement dit, une telle interprétation renforcerait la protection accordée à l'indépendance judiciaire au titre de la Convention.

**14.** On sait que dans l'arrêt *Golder* la Cour a procédé à une interprétation téléologique de la Convention pour déceler dans l'article 6 § 1 le droit d'accès à un tribunal. Après avoir constaté que la disposition en question « ne proclame pas en termes exprès le droit d'accès aux tribunaux » (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 28, série A no 18), elle s'est référée à l'ensemble des principes d'interprétation contenus dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, y compris l'importance du préambule, qui est d'une « grande utilité pour la détermination de l'« objet » et du « but » de l'instrument à interpréter » (*ibidem*, § 34). Dans le même ordre d'idées, elle a souligné l'« attachement sincère » des gouvernements signataires à la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule, et le rôle clé de cette notion dans le système de la Convention. Et elle a conclu à cet égard qu'« en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (*ibidem*). Elle a rappelé aussi les termes de l'article 31 § 1 c) de la Convention de Vienne, qui invite à tenir compte également « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », y compris les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle a relevé que l'un de ces principes prohibe le déni de justice. Partant de l'ensemble de ces éléments, elle est arrivée à la conclusion, restée célèbre, selon laquelle « on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge (...) le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 § 1 » (*ibidem*, §§ 35, 36).

**15.** Depuis lors, la Cour a souligné à maintes reprises l'importance du principe de la prééminence du droit dans le contexte de l'article 6 de la Convention (voir, à titre purement indicatif, *Siegle c. Roumanie*, no 23456/04, § 32, 16 avril 2013, *Varniené c. Lituanie*, no 42916/04, § 37, 12 novembre 2013, *Solomun c. Croatie*, no 679/11, § 46, 2 avril 2015, *Ustimenko c. Ukraine*, no 32053/13, § 46, 29 octobre 2015, et *Amirkhanyan c. Arménie*, no 22343/08, § 33, 3 décembre 2015), ainsi que celle de la nécessité de tenir compte des règles pertinentes du droit international dans l'interprétation et l'application de la Convention (voir,

parmi beaucoup d'autres, *Hassan c. Royaume-Uni*, [GC], no 29750/09, §§ 100 et 102, CEDH 2014). Or, à mon sens, la prééminence du droit ne se conçoit guère sans l'obligation pour l'État d'offrir des garanties protégeant l'indépendance du juge ni, partant, sans le droit correspondant du juge lui-même à l'indépendance. Par ailleurs, et ainsi qu'il ressort de l'ensemble des éléments de droit international cités dans le présent arrêt, l'indépendance du pouvoir judiciaire fait aujourd'hui partie intégrante des principes généraux du droit international dont il faut tenir compte pour l'interprétation de la Convention. De plus, une interprétation de l'article 6 § 1 considérant qu'il protège le droit subjectif du juge à l'indépendance serait parfaitement conforme à l'objet et au but de cette disposition. Je souscris à cet égard à l'idée contenue dans la Magna Carta des juges, suivant laquelle « [l']indépendance et l'impartialité du juge sont des conditions préalables indispensables au fonctionnement de la justice » (texte cité au paragraphe 7 ci-dessus). En effet, comment peut-on espérer que les justiciables jouissent du droit à un juge indépendant si le juge lui-même ne bénéficie pas des garanties propres à lui assurer cette indépendance ? À mon sens, un tel droit subjectif du juge est inhérent aux garanties du paragraphe 1 de l'article 6 et à la notion de procès équitable. Cette manière de voir est corroborée, me semble-t-il, par la jurisprudence susmentionnée du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE PEJCHAL

À mon regret, je ne puis souscrire au constat de violation de la Convention. Je n'ai donc pas voté avec la majorité.

Je suis d'accord avec elle pour dire que cette affaire concerne la liberté. Mais qu'est-ce que la liberté ? Dans son fameux opus magnum *Droit, législation et liberté*, Friedrich Hayek a énoncé ainsi la notion de discipline de liberté :

« L'homme ne s'est pas développé dans la liberté. Le membre de la petite bande, à laquelle il lui fallait rester agrégé s'il voulait survivre, était rien moins que libre. La liberté est un produit de la civilisation qui a dégagé l'homme des entraves du petit groupe dont les humeurs changeantes s'imposaient même au chef. La liberté a été rendue possible par le développement graduel de la discipline de civilisation, qui est en même temps une discipline de liberté. Par des règles abstraites impersonnelles, cette discipline protège l'individu contre la violence arbitraire des autres, et le met à même de travailler à se bâtir pour lui-même un domaine protégé sur lequel personne n'a le droit d'empiéter, et à l'intérieur duquel il peut se servir de ce qu'il sait pour tendre à ce qu'il souhaite. Nous devons notre liberté aux bornes de la liberté. »

Je suis convaincu que la présente affaire concerne la discipline de liberté. Lorsque l'on est l'un des plus hauts représentants de l'État, on doit faire preuve du plus haut niveau de discipline de liberté. Cette discipline implique notamment une stricte séparation entre le service à la communauté et les intérêts personnels. La Convention, pour reprendre les termes de Hayek, protège tous les citoyens libres de la communauté « contre la violence arbitraire des autres », et met chaque individu « à même de travailler à se bâtir pour lui-même un domaine protégé sur lequel personne n'a le droit d'empiéter, et à l'intérieur duquel il peut se servir de ce qu'il sait pour tendre à ce qu'il souhaite ».

La présente affaire est plutôt simple. Le requérant – détenteur de la puissance publique (sous la forme d'une fonction judiciaire) – a choisi librement le vecteur (et la teneur) des « discours officiels » par lesquels il a commenté la situation du système judiciaire hongrois et la réforme de ce système. On peut présumer qu'il a agi de bonne foi et par conviction. Mais cette présomption n'est que pure spéculation. Nul ne peut connaître ses véritables motivations.

On peut supposer aussi que le président de la République et les députés n'avaient pas été convaincus par les « discours officiels » du requérant lorsqu'ils sont parvenus à la conclusion qu'à l'avenir, ce ne serait plus lui mais quelqu'un d'autre qui détiendrait une partie de la puissance publique (sous la forme d'une fonction judiciaire). Quoi qu'il en soit, ce n'est là, encore, que pure spéculation. La décision du président de la République et des députés pourrait avoir été motivée par des raisons entièrement différentes.

On observera également qu'après s'être montré critique, le requérant a adopté une position de soutien de l'action menée par le président de la République, le Gouvernement et le Parlement : comment expliquer autrement le fait qu'il a finalement accepté d'occuper la haute fonction judiciaire de « président d'une chambre civile de la *Kúria* », poste qu'il occupe toujours aujourd'hui ? (voir le paragraphe 13 du mémoire du gouvernement hongrois en date du 8 avril 2015.)

En d'autres termes, aucun tribunal – pas même une cour internationale – ne peut soumettre à son examen, sous l'empire de la démocratie et de l'état de droit, les raisons pour lesquelles les députés d'un État se sont exprimés dans un sens ou dans un autre dans le cadre d'un vote libre. À mon avis, la Cour ne s'étant pas prononcée sur la question de savoir si les députés avaient voté librement, il est impossible d'examiner *de facto* les raisons pour lesquelles un individu donné a été choisi pour exercer les fonctions de président de la *Kúria*. Il relevait de la marge d'appréciation de l'État défendeur de fixer les conditions auxquelles un candidat devait répondre pour pouvoir se présenter au poste de président de la *Kúria*.

On peut imaginer un scénario dans lequel, à la suite d'une modification de la constitution hongroise, le requérant aurait été nommé par le président de la République et élu par les députés à des fonctions (président de la *Kúria*, président de l'Office judiciaire national) occupées par d'autres personnes au moment des faits. Dans un tel cas, serait-il aussi possible de conclure à la violation de la Convention ? Je suppose que non.

À mon avis, une juridiction internationale établie par les États membres d'une organisation internationale ne peut trancher *de facto* la question de savoir qui peut et qui ne peut pas occuper la plus haute fonction judiciaire d'un État démocratique souverain régi par l'état de droit, qui est dans une position égale à celle des autres États membres de cette organisation internationale.

Je suis profondément convaincu que la Cour ne peut appliquer à la présente affaire aucun article de la Convention ni de ses protocoles. Un juge de la Cour doit aussi accomplir son devoir de respect de la discipline de liberté.



## OPINION DISSIDENTE DU JUGE WOJTYCZEK

**1.** Je suis entièrement d'accord avec la majorité pour dire que l'indépendance de la justice est un standard fondamental dans un État de droit. Néanmoins, et même si j'estime qu'il y a eu en l'espèce une atteinte injustifiée à cette indépendance, j'ai voté, pour les raisons exposées ci-dessous, contre la conclusion de violation des droits subjectifs du requérant protégés par la Convention.

**2.** Actuellement, le paradigme de la protection des droits de l'homme repose sur une distinction claire entre l'individu et les pouvoirs publics. Le but de la Convention européenne des droits de l'homme, et des autres traités internationaux de protection des droits de l'homme, est de protéger les droits subjectifs des individus face à la puissance publique. Ce paradigme de protection des droits de l'homme s'est développé dans le contexte de la tradition juridique européenne (voir les références faites dans le préambule de la Convention à une « conception commune et un commun respect des droits de l'homme » et à un « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques »). Cette tradition juridique comprend un certain nombre de notions et de distinctions fondamentales profondément enracinées. Il y a lieu de relever ici, notamment, les distinctions entre, premièrement, les actions officielles et les actions privées, deuxièmement, le droit objectif et les droits subjectifs et, troisièmement, la Constitution et les règles de droit de niveau infra-constitutionnel. L'approche adoptée par la majorité en l'espèce met de côté ces notions et distinctions juridiques fondamentales, et transforme substantiellement le paradigme de la protection des droits de l'homme en Europe.

**3.** En l'espèce, le requérant était investi des fonctions de président de la Cour suprême de Hongrie et président du Conseil national de la justice. Avant la réforme constitutionnelle de 2011, le président de la Cour suprême exerçait principalement des pouvoirs de nature administrative, mais il avait aussi certains pouvoirs liés à la fonction judiciaire. Par ailleurs, il représentait la Cour suprême et accomplissait certaines tâches en son nom. En particulier, il pouvait prendre la parole au nom de la Cour suprême devant le Parlement hongrois.

**4.** Le requérant se plaint que l'État ait fait ingérence dans des actes qu'il a accomplis à titre officiel. Il ne se plaint pas d'une ingérence dans des actes qu'il aurait accomplis à titre privé.

Lorsqu'un requérant exerce des fonctions publiques, il faut distinguer la personne privée (le titulaire de la fonction) de l'organe de l'État (la fonction exercée). Le titulaire d'une fonction publique peut agir soit à titre officiel soit à titre privé. Cette distinction est plus aisée à faire dans le cas d'organes collégiaux de l'État, où une action ou une expression collective des membres de l'organe est normalement un acte officiel ; même si l'on ne peut exclure qu'en certaines occasions les membres d'un organe de

l'État puissent, collégialement, agir à titre privé. Dans le cas d'organes de l'État constitués d'un seul individu, il peut être bien plus difficile de distinguer clairement les actes accomplis par l'individu à titre privé de ceux de l'organe en lui-même : les idées personnelles peuvent alors aisément influencer sur la teneur des actes officiels.

Il est important de souligner que dans sa conduite privée, l'individu peut, tant qu'il n'enfreint pas la loi, agir à sa guise et notamment chercher à satisfaire les intérêts de son choix, y compris les plus égoïstes. En revanche, l'individu agissant au nom d'un organe de l'État ne peut faire que ce que la loi l'habilite à faire, et il doit promouvoir des intérêts définis par la loi.

Cette première distinction fondamentale entraîne une deuxième : la distinction entre le statut de l'individu et le statut de l'organe de l'État qu'il représente. L'individu est titulaire de droits et de devoirs dans sa relation à l'État. Un organe de l'État ne peut pas être titulaire de droits. Son statut s'analyse en termes de tâches et de pouvoirs ainsi que d'interactions avec les autres organes de l'État. Les actes accomplis à titre officiel ne peuvent pas relever de droits garantis (voir par exemple, dans le contexte de la Loi fondamentale allemande, *B. Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymans Verlag, 1989, p. 123).

**5.** En matière de respect des droits de l'homme, il faut aussi distinguer les droits (individuels) subjectifs des garanties objectives de l'État de droit. La Convention protège des droits individuels. Les droits individuels sont des situations juridiques des individus définies par des règles de droit qui protègent les intérêts individuels de ces personnes, en particulier leur dignité, leur vie, leur santé, leur liberté, leur épanouissement personnel et leurs biens (comparer avec le paragraphe 158 de l'arrêt). Ce lien entre les droits individuels et les intérêts individuels de leur titulaire est un élément essentiel de la notion de droit individuel. Les garanties objectives de l'État de droit peuvent avoir un impact plus ou moins direct sur le statut de l'individu mais elles sont posées avant tout pour servir l'intérêt public.

La majorité se réfère à plusieurs reprises aux standards internationaux relatifs au statut des juges (voir en particulier les paragraphes 114, 121, 168 et 172 de l'arrêt). Son raisonnement donne l'impression que ces standards ont une importance pour la détermination de la portée de la protection des droits fondamentaux des personnes exerçant des fonctions judiciaires. Ainsi, la Convention protégerait plus la liberté d'expression des juges que celle des autres citoyens, les garanties universelles de l'article 10 se trouvant superposées, dans le cas des juges, à celles de l'indépendance de la justice.

Il est important de souligner dans ce contexte que la fonction de juge, qu'elle soit exercée au niveau national ou au niveau international, est d'abord et avant tout un service rendu à la collectivité, de même que

n'importe quelle autre fonction dotée de puissance publique. Les principes de l'indépendance de la justice et de l'inamovibilité des juges relèvent de la sphère du droit objectif. Les démocraties constitutionnelles accordent une certaine sphère de pouvoir autonome aux juges et, par l'application des principes susmentionnés, elles protègent cette sphère contre l'empiètement du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. L'indépendance de la justice et l'inamovibilité des juges ont été établies non pour protéger les intérêts individuels des juges ou leur permettre de s'épanouir mais pour protéger l'intérêt public résidant dans l'équité des procédures de justice et le bon fonctionnement du système judiciaire. Elles protègent les justiciables, et non ceux qui exercent le pouvoir judiciaire. Elles ne peuvent s'analyser en droits individuels du juge, même si elles co-définissent (avec certaines autres règles de droit) le statut juridique des personnes qui exercent des fonctions judiciaires. Le titulaire de droits peut décider librement de la manière de les exercer et de la mesure dans lesquelles il les fait valoir au moyen de recours légaux. Le juge n'est pas libre de décider comment affirmer son indépendance judiciaire ni dans quelle mesure il va la revendiquer devant d'autres pouvoirs publics (voir ci-dessous).

Les garanties de l'indépendance de la justice ne sont ni des droits de l'homme spéciaux accordés à des individus exerçant des fonctions judiciaires ni des éléments renforçant la protection dont jouissent en tant que titulaires de droits fondamentaux les individus exerçant des fonctions judiciaires. Elles n'étendent pas pour ces individus la portée des droits de l'homme. Au contraire, l'intégrité et l'indépendance judiciaires peuvent justifier des restrictions des droits plus poussées dans le cas des juges que dans celui des citoyens ordinaires.

Ces considérations s'appliquent *a fortiori* à la stabilité du mandat des présidents de juridiction, y compris le président de la Cour suprême. La stabilité du mandat des présidents de juridiction est octroyée aux fins du bon exercice du pouvoir judiciaire. Elle n'est motivée par aucun intérêt individuel. Le titulaire du mandat n'a pas de droit (subjectif) individuel de demeurer en place.

Dans ce contexte, il y a lieu d'opérer une distinction claire entre, d'une part, les principes objectifs qui définissent le statut du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et, d'autre part, les règles de droit qui définissent la portée des droits fondamentaux des juges (à titre privé) dans leur relation à l'État.

**6.** Aux fins de la protection des droits de l'homme, il faut aussi faire une distinction claire entre le discours privé et le discours officiel.

Le discours privé recouvre, notamment, les propos tenus par des responsables publics à titre privé et reflétant leur opinion privée sur différentes questions, y compris des questions publiques. Il peut donc

comprendre la réserve habituelle selon laquelle les propos n'engagent que celui qui les tient et ne reflètent pas nécessairement les vues de l'institution à laquelle il appartient. Le discours officiel recouvre les propos tenus à titre officiel, en particulier ceux qui exposent le point de vue officiel d'un organe de l'État. Les opinions exprimées par l'individu sont alors attribuables à l'institution qu'il représente. En toute hypothèse, il faut distinguer les situations où un titulaire d'une fonction publique exerce sa liberté d'expression pour exposer son point de vue privé sur des questions publiques et celles où, dans l'exercice de ses fonctions, il s'exprime au nom d'un pouvoir public.

Le discours est, par sa nature même, un mode d'action dont dispose tout individu. L'expression de tel ou tel propos est un acte factuel qui ne produit généralement pas d'effet juridique et qui doit être distingué des actes de puissance publique, dont ne disposent que les organes investis du pouvoir étatique. Cependant, le discours officiel est un mode très particulier d'exercice du pouvoir, qui peut influencer sur le comportement des individus et l'attitude des autres organes de l'État. Il ne faut pas en sous-estimer l'importance dans une démocratie délibérative. De plus, il y a un risque réel d'abus de cet instrument, par exemple à des fins d'endoctrinement ou dans le but de nuire à la réputation de telle ou telle personne.

La fonction du discours officiel n'est pas d'exprimer des points de vue privés. L'émetteur du discours doit se rappeler qu'il présente le point de vue officiel de l'organe qu'il représente. Il parle au nom de cet organe, afin de réaliser des buts précis. L'un des buts du discours officiel est l'interaction avec les autres organes de l'État dans le cadre plus large des garanties et contrepoids qui assurent la séparation des pouvoirs. Dans ce contexte, le discours officiel peut être utilisé comme un outil de protection ou d'affirmation des pouvoirs d'un organe de l'État vis-à-vis d'autres organes de l'État. Dans tous les cas, le discours officiel n'est pas une question de liberté mais tout au plus une question de pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de la puissance publique (voir à titre de comparaison, dans le contexte de la Loi fondamentale allemande, H. Bethge, *Artikel 5, in : Grundgesetz. Kommentar*, M. Sachs (éd.), Munich, Verlag C.H. Beck 2014, p. 300).

**7.** Les tiers intervenants soulignent à juste titre les fonctions que revêt le discours officiel des juges. Ceux-ci ont le devoir de s'exprimer sur les questions concernant l'administration de la justice pour défendre l'indépendance judiciaire et l'État de droit. De même, la majorité reconnaît qu'il était du devoir du président du Conseil national de la justice de formuler un avis sur des réformes législatives concernant les tribunaux (paragraphe 168 de l'arrêt).

Trois éléments sont importants ici. Premièrement, s'exprimer est un devoir. Bien que la nature de ce devoir ne soit pas clairement expliquée

dans le raisonnement, on peut supposer qu'il ne s'agit pas seulement d'un devoir moral mais aussi d'une obligation juridique. Deuxièmement, l'expression sert un intérêt public spécifique. Troisièmement, elle est perçue comme un outil servant à protéger la position du pouvoir judiciaire dans sa relation avec les autres pouvoirs de l'État. Ce sont là trois arguments puissants contre une analyse considérant le discours judiciaire officiel comme une expression de liberté. La sphère du discours des juges ne peut être vue comme un domaine de choix personnel, elle doit s'appréhender comme un domaine soumis à des obligations juridiques précises imposées dans l'intérêt public et restreignant le choix des juges. En d'autres termes, le discours officiel des juges n'est pas une question de liberté individuelle mais demeure très étroitement circonscrit et subordonné à la promotion d'intérêts publics spécifiques. Les fonctions publiques au sein du pouvoir judiciaire ne sont pas une tribune pour l'exercice de la liberté d'expression.

La notion de liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la Convention présuppose l'existence d'un libre choix de s'exprimer ou non et de dire ce que l'on souhaite. En reconnaissant que le requérant avait le devoir de s'exprimer pour défendre l'intérêt public, la majorité semble contredire la thèse selon laquelle les propos considérés relevaient de la portée de l'article 10 de la Convention.

**8.** En l'espèce, le requérant était juridiquement habilité à représenter la Cour suprême. La majorité reconnaît expressément que le rôle et le devoir du président de la haute juridiction consistaient notamment à donner son avis sur les réformes législatives susceptibles d'avoir une incidence sur les tribunaux et sur l'indépendance de la justice. Le requérant a tenu tous les propos en cause à titre officiel (voir le paragraphe 145 de l'arrêt). Cette circonstance essentielle, clairement établie par la majorité, n'a pas été contestée par les parties.

Les propos du requérant n'exprimaient pas son point de vue en tant que citoyen mais le point de vue officiel d'un organe de l'État hongrois. Le requérant ne pouvait prétendre qu'il s'exprimait à titre personnel et que ses propos ne reflétaient pas la position de l'institution qu'il représentait, et il ne l'a d'ailleurs pas fait. Il n'y a pas de doute quant au fait que les propos qui sont à la base de son grief relèvent de la catégorie du discours officiel.

La question décisive en l'espèce est celle de savoir si les garanties de l'article 10 s'appliquent au discours officiel. Pour y répondre, il faut comprendre les différences entre le discours privé et le discours public. Le discours privé relève de la liberté d'expression. L'auteur des propos n'a pas besoin de base légale pour s'exprimer. Toute expression qui n'est pas interdite est autorisée. Le discours officiel est un instrument du pouvoir. Celui qui s'exprime doit être juridiquement habilité à le faire à titre officiel. Tout propos tenu à titre officiel doit reposer sur une base juridique. Le

choix de la manière de s'exprimer n'est pas une question de liberté personnelle mais, au mieux, l'objet d'un pouvoir discrétionnaire. L'organe de l'État ne doit pas dépasser les limites légales de son pouvoir.

Appliquer les garanties de l'article 10 au discours officiel signifierait que la manière dont s'exprime l'organe de l'État doit être considérée comme une question de liberté personnelle, et que tout propos non expressément prohibé serait permis. Aucune base légale spécifique ne serait nécessaire pour que les organes de l'État s'expriment et toute restriction du discours officiel devrait être conforme au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Le discours public pourrait alors, en principe, exprimer les opinions privées et servir l'intérêt personnel du titulaire du droit, y compris la poursuite de l'épanouissement personnel de l'intéressé. Une situation dans laquelle le discours officiel porterait atteinte aux droits d'un tiers ne pourrait pas être traitée comme une simple ingérence de l'État dans l'exercice par ce tiers de ses droits mais constituerait une situation de conflit entre la liberté d'expression du titulaire d'un poste public et les droits du tiers en question. Il faudrait alors mettre soigneusement en balance ces droits concurrents pour résoudre le conflit entre le premier et les seconds. L'approche de la majorité, qui consiste à appliquer l'article 10 au discours officiel, transforme une question d'exercice de pouvoir discrétionnaire en un acte libre couvert par les garanties de la liberté individuelle. L'extension des garanties de l'article 10 au discours officiel porte ainsi atteinte à la protection effective de l'individu contre l'État.

Pour toutes ces raisons, j'estime que l'article 10 n'est pas applicable au discours officiel (voir à titre de comparaison, dans le contexte de l'article 5 de la Loi fondamentale allemande, C. Starck, Artikel 5, in : *Kommentar zum Grundgesetz*, H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck (éds.), Munich, Verlag Franz Vahlen, 1999, vol. 1, p. 659 ; H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2004, p. 195, ainsi que l'affaire BVerwGE 1004, 323/326 citée dans cet ouvrage).

**9.** La seconde question est celle de savoir s'il y a eu en l'espèce ingérence dans les droits du requérant.

Le requérant a été privé de deux mandats publics (président de la Cour suprême et président du Conseil national de la justice), ce qui signifie qu'il a été privé d'attributs de la puissance publique. Il a aussi subi une atteinte à ses droits patrimoniaux, en ce qu'il a perdu certains avantages matériels liés à ces deux mandats publics.

Je note dans ce contexte qu'une révocation de la fonction publique constitue une ingérence dans les droits de la personne révoquée. Cela étant, le requérant n'a pas été révoqué de la fonction publique, il a conservé son poste de juge.

Je conviens que le fait de priver quelqu'un d'avantages matériels porte atteinte aux droits patrimoniaux de l'intéressé et peut constituer une ingérence dans l'exercice du droit fondamental protégé par l'article 1 du Protocole no 1 à la Convention. Cependant, la chambre a déclaré irrecevables les griefs soulevés à cet égard sur le terrain de l'article 1 du Protocole no 1, soulignant que « [l]a Convention ne confère pas de droit à continuer à percevoir un salaire d'un montant spécifique » (paragraphe 105 de l'arrêt de la chambre). La Grande Chambre ne pouvait dès lors pas examiner cet aspect de l'affaire. L'ingérence dont elle était saisie restait donc limitée à la privation d'attributs de la puissance publique.

La majorité développe un raisonnement qui repose sur l'idée que le retrait d'attributs de la puissance publique est une ingérence dans l'exercice des droits individuels. À mon avis, l'approche qu'elle adopte à cet égard est extrêmement problématique du point de vue des droits de l'homme. La puissance publique ne peut en aucun cas faire partie du statut individuel d'une personne physique. Même s'il existe un droit fondamental internationalement reconnu de prendre part à la conduite des affaires publiques et d'avoir accès au service public (article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), les droits de l'homme ne comprennent pas le droit de conserver la puissance publique. La privation d'attributs de la puissance publique peut dégrader la situation juridique d'un organe de l'État mais elle ne porte pas atteinte en elle-même aux droits fondamentaux du détenteur du pouvoir en question. Selon les circonstances, elle peut toutefois toucher le peuple (la Nation), détenteur ultime du pouvoir souverain dans l'État démocratique, ou, au contraire, lui permettre d'affirmer ce pouvoir souverain à l'égard de ses représentants.

Le simple fait que quelqu'un ait été démis d'une fonction publique impliquant l'exercice de la puissance publique et ait en conséquence perdu les attributs de la puissance publique ne peut être vu en soi comme une atteinte aux droits de l'homme. Dans un régime parlementaire, un vote de défiance à l'égard du gouvernement (vote qui entraîne la démission des membres de cet organe) est-il une atteinte aux droits fondamentaux des membres du gouvernement ?

**10.** La troisième question à laquelle il faut répondre est celle de savoir s'il existe un lien de causalité entre les propos tenus par le requérant et la cessation de son mandat. La majorité essaie de compenser l'absence d'éléments de preuve suffisants à cet égard en établissant pour l'examen de la présente affaire de nouvelles règles en matière de charge de la preuve. Selon elle, le requérant devait apporter un commencement de preuve du lien de causalité entre sa conduite et la réaction des autorités ; cela fait, la charge de la preuve passait sur le Gouvernement. J'estime qu'ici, les règles en matière de charge de la preuve n'ont pas été appliquées de manière pleinement conforme aux standards de justice procédurale.

Premièrement, les règles appliquées par la majorité ne sont pas libellées en termes généraux. Étonnamment, la partie correspondante du raisonnement se lit ainsi : « La Cour estime que, dès lors qu'il y a un commencement de preuve en faveur de la version des faits présentée par le requérant et de l'existence d'un lien de causalité, la charge de la preuve doit être renversée et peser sur le Gouvernement » (paragraphe 149 de l'arrêt). Il est ici fait référence à la situation spécifique du requérant, ce qui donne l'impression que la Cour applique une règle ad hoc, conçue spécialement pour le cas particulier d'une personne donnée. De plus, cette règle n'est pas exprimée dans le cadre du rappel des principes généraux applicables à l'affaire, elle est insérée dans l'analyse des circonstances particulières de la cause.

Deuxièmement, la majorité n'énonce pas avec suffisamment de clarté et de précision les règles qu'elle applique en matière de charge de la preuve. En particulier, elle ne dit pas expressément quels sont exactement les éléments que le Gouvernement aurait dû démontrer. Cette absence de précision sur un point aussi crucial a évidemment une incidence sur l'issue de l'affaire.

Troisièmement, les règles en matière de charge de la preuve sont d'une importance déterminante pour l'issue à donner à l'affaire. Telles que la Cour les formule en l'espèce, ces règles vont au-delà d'une simple concrétisation de l'obligation générale de justifier les ingérences faites dans l'exercice des droits de l'homme, elles déterminent le champ des éléments factuels pertinents pour l'issue de l'affaire. La Cour a déjà souligné dans sa jurisprudence qu'un tribunal ne doit pas surprendre les parties en examinant ex officio des points de droit ou de fait importants que celles-ci n'avaient pas soulevés (voir en particulier les arrêts rendus dans les affaires *Clinique des Acacias et autres c. France* (nos 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, 13 octobre 2005), *Čepek c. République tchèque* (no 9815/10, 5 septembre 2013), *Alexe c. Roumanie* (no 66522/09, 3 mai 2016), et *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal* (no 4687/11, 17 mai 2016)). Dès lors, il aurait été préférable, suivant cette jurisprudence relative au respect du principe du contradictoire, d'appeler expressément l'attention des parties sur la règle de la charge de la preuve à appliquer et de les inviter à présenter leur position à la lumière de cette règle. Le manquement à procéder ainsi a eu une incidence sur la position du Gouvernement dans la procédure. L'approche adoptée par la majorité semble s'écarter des standards stricts en matière de procès équitable élaborés par la Cour elle-même.

Quatrièmement, toute règle relative à l'attribution de la charge de la preuve doit avoir une justification suffisante. Il se peut qu'une telle règle ne reflète pas nécessairement une généralisation des faits (en vertu du principe *praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit*), mais en toute hypothèse elle doit tenir compte du contexte factuel dans lequel elle



s'applique et avoir un solide fondement axiologique. Je note, de plus, que le principe *affirmanti non neganti incumbit probatio* est largement admis dans la culture juridique européenne. Même si la Cour dit dans le contexte des affaires concernant les articles 2 et 3 que « la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* » (voir, par exemple, l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, [GC], no 29750/09, § 49, CEDH 2014), les exceptions à ce principe appellent une justification puissante. Certes, il ne fait pas de doute que le Gouvernement devrait être tenu de justifier les réformes impliquant une ingérence dans l'exercice des droits protégés par la Convention, néanmoins dans les cas tel que celui de la présente espèce, une attribution de la charge de la preuve telle que celle qu'a faite ici la Cour peut rendre extrêmement difficile (voire impossible) pour la partie sur laquelle elle pèse de prouver sa thèse. En vertu des règles qu'applique la majorité dans le présent arrêt, une réforme constitutionnelle qui a des conséquences négatives pour un titulaire donné de fonctions publiques (ou pour un groupe clairement identifié de titulaires de fonctions publiques) ayant précédemment critiqué le Gouvernement sera en principe considérée comme une ingérence inacceptable dans l'exercice par ce ou ces individus de leur liberté d'expression. Il faudrait donc réexaminer la question de l'attribution de la charge de la preuve dans ce type de cas.

Quoi qu'il en soit, je ne suis pas persuadé qu'un lien de causalité existe en l'espèce. Apparemment, la cessation du mandat du requérant a été décidée parce que la majorité parlementaire en Hongrie souhaitait placer à deux postes-clé dans le système judiciaire des personnes dont les vues étaient plus proches des siennes. Il semble que la mesure litigieuse ne soit pas une sanction pour des propos passés mais plutôt un moyen d'influer sur la manière dont deux organes de l'État fonctionneront à l'avenir. En d'autres termes, le requérant a très probablement été remplacé non pas en raison de ce qu'il avait ou n'avait pas dit, mais parce qu'on a considéré que c'était une personne qui risquait de tenter d'exercer ses pouvoirs d'une manière qui ferait obstacle à la politique de la majorité parlementaire à l'avenir. Évidemment, dans un État de droit, pareille considération ne peut en aucun cas justifier une atteinte à l'indépendance de la justice.

**11.** La majorité considère que l'ingérence litigieuse ne visait aucun des buts légitimes prévus à l'article 10 § 2 (paragraphe 157). Néanmoins, elle examine le point de savoir si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique. Cette approche est problématique, car la nécessité de l'ingérence ne peut s'apprécier qu'à la lumière d'un but légitime. L'existence d'un but légitime est un préalable logique à la vérification de la proportionnalité. Une mesure restreignant des droits doit être « proportionnée au but légitime poursuivi » (voir le paragraphe 158 de l'arrêt). En l'absence de but légitime, toute la question de la nécessité devient sans objet.

**12.** En l'espèce, la majorité, citant la jurisprudence existante, dit que l'article 6 est applicable si les conditions suivantes sont réunies : premièrement, il y a en jeu un droit protégé par la législation nationale et, deuxièmement, ce droit est de nature civile. Elle considère que l'article 6 n'est par ailleurs pas applicable aux litiges du travail concernant des fonctionnaires si, troisièmement, l'accès des fonctionnaires concernés aux juridictions internes est exclu de manière générale, abstraite et prévisible et, quatrièmement, cette exclusion vise un but légitime et y est proportionnée. À mon avis, les deux premières conditions ne sont pas réunies, tandis que la troisième et la quatrième, qui excluent l'application de l'article 6, le sont.

Premièrement, la situation juridique du requérant que la réforme a modifiée ne peut s'analyser en un droit subjectif. Il ne fait pas de doute que le requérant ne peut être démis de ses fonctions de juge. En pareil cas, nous nous serions trouvés face à une atteinte à un droit individuel, le droit d'accès au service public. Cependant, il ne s'agit pas de la révocation d'un juge mais de la cessation de fonctions administratives spécifiques au sein du pouvoir judiciaire. Il est vrai que la législation hongroise antérieure à la réforme constitutionnelle prévoyait un mandat de six ans et en définissait précisément les conditions de cessation. Toutefois, comme cela a été expliqué ci-dessus, cette règle n'avait pas été adoptée pour protéger les intérêts individuels du titulaire de la fonction mais l'intérêt public résidant dans l'indépendance de la justice. En particulier, elle n'avait pas été fixée pour permettre au requérant de faire des projets personnels pour l'avenir mais pour garantir l'exercice du pouvoir judiciaire dans de bonnes conditions. Le titulaire d'une fonction publique investie de puissance publique n'a pas un droit subjectif à conserver cette puissance.

Même à supposer que la situation juridique du requérant ait correspondu à un droit subjectif, il aurait fallu établir la nature exacte de ce droit et déterminer qui en était le titulaire, qui en étaient les débiteurs (les organes tenus de le mettre en œuvre) et quel en était le contenu exact. En particulier, il aurait fallu déterminer les organes de l'État auxquels ce droit aurait pu être opposable. Les droits reconnus en droit interne ne peuvent pas tous être opposés au Parlement lorsqu'il agit en sa qualité de législateur ordinaire, et cela est d'autant plus vrai lorsqu'il agit en tant que titulaire du pouvoir constituant.

Deuxièmement, un litige relatif à la désinvestiture du président de la Cour suprême ou du président du Conseil national de la justice n'est pas un litige civil mais un litige de droit public, plus précisément un litige de droit public entre deux organes de l'État quant à la situation de l'un et de l'autre et à l'ampleur de leurs pouvoirs respectifs.

Troisièmement, il est vrai que la règle constitutionnelle en cause a touché un individu en particulier. Cependant, j'estime que celui-ci avait été exclu de l'accès à un tribunal de manière générale, abstraite et prévisible par le

fait même que les dispositions litigieuses étaient de nature constitutionnelle. Le rang constitutionnel de ces dispositions excluait catégoriquement, en lui-même, la possibilité qu'elles fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel. La majorité reconnaît d'ailleurs qu'il ne faisait aucun doute que le requérant ne pouvait pas porter son affaire devant la Cour constitutionnelle (paragraphe 75).

Quatrièmement, je suis d'accord pour dire que les Hautes Parties contractantes doivent exercer leur pouvoir constituant dans le respect des obligations découlant de la Convention. Cependant, lorsque l'on détermine la teneur de ces obligations en ce qui concerne l'ouverture de recours effectifs et l'accès aux tribunaux, il faut aussi tenir compte des particularités du pouvoir constituant dans un État démocratique. La règle selon laquelle les mesures de nature constitutionnelle ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel a pour but de préserver la souveraineté populaire, qui trouve l'une de ses expressions dans la liberté du pouvoir constituant. Elle protège le droit du peuple de choisir librement un système constitutionnel en tant que fondation et cadre de l'exercice de la puissance publique ; et elle trouve une base solide dans l'article 3 du Protocole no 1, qui protège le droit d'élire un corps législatif (voir ci-dessous).

À mon avis, l'article 6 n'est pas applicable au « droit » reconnu par la majorité en l'espèce, et il ne peut donc pas y avoir eu violation de cet article.

**13.** L'une des difficultés de la présente affaire découle de la structure hiérarchique du droit. D'une part, toute règle de rang inférieur doit être compatible avec les règles de rang supérieur et, notamment, toute la législation ordinaire doit être compatible avec la Constitution. D'autre part, une règle de rang supérieur peut modifier des règles de rang inférieur.

La situation juridique du requérant examinée par la majorité avait été définie par la législation ordinaire. Le droit allégué de l'intéressé était donc protégé par la législation ordinaire. Celle-ci protégeait le président de la Cour suprême du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Elle ne le protégeait pas du pouvoir constituant. La majorité vise à démontrer dans son raisonnement que le requérant avait « droit » à ne pas être privé de son mandat de président de la Cour suprême en vertu de la législation ordinaire. Or dans le même temps, sans débattre de la question, elle décide que les garanties posées par un pouvoir *constitué* sont opposables au pouvoir *constituant*. Le « droit » déterminé par la majorité et le « droit » protégé par la législation interne sont donc différents. Le second protège seulement contre les pouvoirs *constitués* tandis que le premier est censé offrir une protection également contre le pouvoir *constituant*, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

La majorité développe son argumentation comme si toutes les règles de droit du système juridique hongrois avaient le même rang dans la hiérarchie des normes. La question se pose toutefois de savoir comment des garanties de stabilité de l'emploi dérivées de la législation ordinaire pourraient lier l'organe représentant la volonté souveraine du peuple lorsqu'il adopte des règles de droit de rang supérieur dans la hiérarchie des normes. À la différence des droits garantis par les traités internationaux, les droits reconnus dans le système juridique national, de par leur nature même, ne protègent pas contre les modifications de la Constitution. Si la Convention européenne des droits de l'homme est censée transformer des droits constitutionnels qu'elle ne protège pas en droits supra-constitutionnels, alors cela aurait dû être expliqué clairement.

De plus les mesures litigieuses ont été introduites non pas par un texte de loi ordinaire mais par des lois de nature constitutionnelle. La Constitution nationale est l'expression la plus fondamentale de la souveraineté populaire. Son adoption et sa modification suivent une procédure spéciale nécessitant une majorité qualifiée, ce qui assure au texte qui en résulte une forte légitimité reposant sur le consensus entre les principaux partis politiques ou, du moins, sur un appui politique particulièrement large au parti majoritaire. De plus, la souveraineté populaire signifie que le peuple a en principe le pouvoir de nommer et de révoquer les détenteurs de la puissance publique. L'autonomie constitutionnelle de l'État est une condition préalable au caractère démocratique du gouvernement.

**14.** En l'espèce, la majorité conclut à la violation de l'article 6 parce que le requérant n'a pas pu contester les dispositions constitutionnelles litigieuses devant une juridiction interne, c'est-à-dire parce que le contrôle juridictionnel de ces dispositions n'était pas possible en Hongrie.

Je note que jusqu'ici, la Cour n'a jamais dit que la Convention imposait de prévoir un contrôle juridictionnel de la législation. Elle a même dit le contraire. Il est utile de rappeler que dans l'arrêt *Paksas c. Lituanie* ([GC], no 34932/04, § 114, CEDH 2011 (extraits)), elle a expliqué que « l'article 13 de la Convention, qui ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention (voir, par exemple, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 85, série A no 98, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 113, CEDH 2002-VI, *Roche c. Royaume-Uni* [GC], no 32555/96, § 137, CEDH 2005-X, et *Tsonyo Tsonev c. Bulgarie*, no 33726/03, § 47, 1er octobre 2009), ne saurait non plus exiger un recours permettant de contester une jurisprudence constitutionnelle à effet normatif ». En l'espèce, elle semble s'écarter de cette approche. Ainsi, il semble que, dans certaines circonstances au moins, le contrôle juridictionnel des règles de droit devienne à présent une obligation au regard de la Convention.

De plus, la majorité exige un contrôle juridictionnel non seulement pour la législation ordinaire mais aussi pour les dispositions de nature constitutionnelle. Or, dans bien des pays démocratiques, il n'y a pas de contrôle juridictionnel des textes de loi de nature constitutionnelle. Dans d'autres, ce contrôle peut être limité à la procédure d'adoption du texte, dont la teneur échappe en revanche à la compétence des juges. Exceptionnellement, les tribunaux peuvent contrôler la substance des lois de nature constitutionnelle (voir par exemple l'arrêt rendu par la Cour suprême indienne le 24 avril 1973 dans l'affaire *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr.*, (1973) 4 SCC 225). Si la nouvelle approche développée en l'espèce par la Cour européenne des droits de l'homme se confirme à l'avenir, il en découlera une transformation majeure du constitutionnalisme européen.

L'article 3 du Protocole no 1 protège le droit des citoyens d'élire un corps législatif. Ce droit n'a de sens que si le corps élu jouit de larges pouvoirs législatifs. L'article 3 est la base juridique de la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation pour les Hautes Parties contractantes en vertu de la Convention (voir mon opinion séparée jointe à l'arrêt *Firth et autres c. Royaume-Uni*, nos 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 et 49036/09, 12 août 2014). Cela vaut a fortiori pour les organes titulaires du pouvoir constituant, dont les décisions sont prises dans le cadre de procédures spéciales leur assurant une large légitimité politique au niveau national. Or, en vertu de l'approche adoptée en l'espèce, l'expression la plus importante de la souveraineté populaire, à savoir la constitution nationale, est désormais soumise au contrôle du juge international au regard de la Convention, contrôle qui s'étend de surcroît aux véritables motifs des réformes constitutionnelles. Le présent arrêt est un pas important dans le sens d'une limitation substantielle de l'autonomie constitutionnelle des Hautes Parties contractantes.

15. La majorité a décidé d'octroyer au requérant une indemnité non seulement pour dommage moral mais aussi pour dommage matériel. Cette partie de l'arrêt appelle deux objections. Premièrement, elle semble difficile à concilier avec la décision de la chambre de ne pas examiner la requête sous l'angle de l'article 1 du Protocole no 1. Une indemnité pour dommage matériel aurait été plus appropriée en cas d'ingérence illicite dans le droit du requérant au respect de ses biens. Deuxièmement, et de manière plus fondamentale, la mesure considérée était, comme indiqué ci-dessus, constitutive d'une atteinte à l'indépendance de la justice et non aux droits individuels du requérant.

16. Je voudrais souligner une autre conséquence problématique de l'arrêt rendu en l'espèce. La liberté présuppose la responsabilité. Affirmer que des juges qui s'expriment à titre officiel bénéficient de la liberté d'expression implique que ces mêmes juges assumeront une responsabilité personnelle plus stricte pour leurs actes. Si les juges

agissant à titre officiel peuvent prétendre qu'ils exercent leurs droits fondamentaux et même obtenir une réparation matérielle pour ingérence illicite dans leur conduite officielle, alors ils devraient aussi être tenus personnellement responsables de tout manquement à la loi. L'arrêt peut être utilisé comme un argument en faveur de l'élargissement de la responsabilité personnelle des juges pour leur conduite officielle en général.

17. Enfin, je note que la majorité a décidé d'ignorer dans son raisonnement les points de droit et les arguments juridiques soulevés par la minorité. Le public sera juge de la question de savoir si ce choix rend l'arrêt plus convaincant.

18. En conclusion, je voudrais dire qu'à mon avis, la présente affaire concerne un litige de droit public entre deux organes de l'État hongrois : la Cour suprême d'une part, et le Parlement exerçant le pouvoir constituant d'autre part. Elle concerne des questions fondamentales relatives à l'État de droit en général et à l'indépendance de la justice en particulier, mais elle échappe à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autres outils sont disponibles pour la protection de l'indépendance de la justice tant dans le cadre du Conseil de l'Europe que dans celui de l'Union européenne.

La majorité a décidé de considérer que certaines situations juridiques d'organes de l'État étaient couvertes par les dispositions de la Convention, étendant ainsi l'applicabilité de ces dispositions à ces organes. De plus, les règles de droit relatives à l'indépendance de la justice sont interprétées ici d'une manière qui semble les transformer en droits de l'homme spéciaux accordés aux juges. De cette manière, la Cour étend sa compétence à certains litiges de droit public entre organes de l'État, en essayant d'en faire des litiges relatifs aux droits de l'homme. Il y a là un changement majeur du paradigme européen de la protection des droits de l'homme, et un défi à la tradition juridique européenne. Je crains que cette approche, qui consiste à reconnaître tacitement des droits de l'homme aux organes de l'État, ne puisse, à plus long terme, porter atteinte à l'efficacité de la protection des droits de l'homme en Europe.